This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 771 695

no. 1/3 13.50 L 3784

N.

SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar 1, 1899

Germany

Die

römiſche Lehre vom Eigenthum

in

ihrer modernen Anwendbarkeit.

Von

Dr. jur. E. Bagenſtecher,
Docenten an der Universität zu Heidelberg.

ADVOCAT
Dr LEHMANN
DRESDEN

Erſte Abtheilung:

Begriff und geſetzliche Beſchränkungen des Eigenthums.

8.
Heidelberg.
Verlag von Bangel & Schmitt.
1857.

Acc. Jan 1, 1899

Herrn von Vangerow,

meinem gefeierten Lehrer,

dankbar gewidmet.

Vorrede.

Indem ich hiermit meinen ersten größeren zivilistischen Versuch wohlwollenden Lesern übergebe, fühle ich die Verpflichtung, mich über den Plan des ganzen Werks in wenigen Worten auszusprechen. Die Grundlage meiner Darstellung ist das römische Recht, über dessen Trefflichkeit ich nach Allem, was darüber bereits gesagt worden ist, hier füglich schweigen kann. Die römischen Theorieen mußten in eine Vergleichung mit den mannigfaltigen Schöpfungen des deutschen Rechtslebens gebracht werden. Fiel diese Vergleichung, vom Standpunkte der Logik, in der Regel nicht zu Gunsten der letzteren aus: so habe ich mich, obwohl kein sog. Germanist, dadurch allein nie zu einer Verwerfung deutschen Herkommens hinreißen lassen, vielmehr das Nationale aus Grund und Zweck zu begreifen und demgemäß zu würdigen bestrebt. Denn, wenn ein deutscher Rechtslehrer vorzugsweise römisches Recht zu seinem Berufe erwählt hat, so wird er das „suum cuique“ am Wenigsten vergessen dürfen. Es wird ihm aber die größte Freude bereiten, wenn die deutsche Auffassung an innerer Trefflichkeit die römische überwiegt, wozu es auch in dieser Arbeit an Beispielen nicht mangelt, vorausgesetzt, daß ich nicht in Irrthümern befangen bin; man vergleiche nur die Darstellung des sog. Wasserrechts.

Im Ganzen ist es mein Streben, vom theoretischen Standpunkte aus für die Praxis zu schreiben, keineswegs aber die Theorie um leichterer „Faßlichkeit" willen zu verwässern, oder, im Gegensatze dazu und der Theorie zu Liebe, bei den Responsen der römischen Juristen stehen zu bleiben. So ist denn durchaus Veraltetes planmäßig ausgeschlossen. Dagegen sind die Ansichten unserer Praxis und neuere Rechtsfälle nach Kräften berücksichtigt. Hierzu gewährt den zu sichtenden Stoff die Gegenwart in den an Zahl wachsenden Sammlungen richterlicher Entscheidungen reichlich. Besondere Anerkennung als Hülfsmittel zu deren Benutzung verdient jetzt Girtanner's Repertorium der zivilistischen Praxis.

Zu der bei von Vangerow Lehrbuch Bd. I (VI. Aufl. 1851) Buch III Cap. 1 S. 619 angegebenen Literatur über die gesammte Eigenthumslehre ist noch aus neuester Zeit nachzutragen:

Karl Sell: röm. Lehre der dinglichen Rechte. Erster Theil: Römische Lehre des Eigenthums. Zweite Aufl. Bonn 1852.

Ludwig Arndts: Pandekten. Erste Aufl. München 1852. Zweite Aufl. 1855. Buch II Cap. 2.

Eduard Böcking: Pandekten. Bd. II. Lief. 1. Leipzig 1855. Buch II Cap. 1 Abschn. 1.

Das Lehrbuch von Arndts ist eines der ausgezeichnetsten unserer Zeit, und verdient in den Händen auch jedes Praktikers zu sein, welcher mit der Wissenschaft voranzuschreiten den Willen und die Kraft hat. Hauptsächlich auf Puchta's Pandekten weiterbauend, vermeidet es die diesem Compendium nach der Individualität des großen Meisters eigenen Fehler, und bietet andererseits wesentliche Vorzüge dar, deren Erzielung in dem Fortschritte der Wissenschaft begründet ist und Puchta's Verdienst nicht verkleinern kann. Auch die römischen Juristen bauten einer auf und

aus den wissenschaftlichen Resultaten ihrer Vorgänger, und, so wenig jeder von ihnen auf seine Selbständigkeit dabei verzichtete, so sehr scheint jene Methode überall zu der Herstellung einer abgerundeten und kompakten Wissenschaft die richtige und nothwendige zu sein.

Dem Verfasser des zuletzt genannten Werkes, Herrn Böcking, erkläre ich, mit Bezug auf eine Stelle seiner Vorrede zu der zweiten Auflage des ersten Bandes seiner Pandekten (1853) S. VII, daß ich seine exakten Forschungen gerne anerkenne, ja vorzugsweise auf Grund derselben theoretisch gearbeitet habe, wenn ich gleich in recht vielen, ja in Haupt-Fragen, zu ganz abweichender wissenschaftlicher Ueberzeugung gelangt bin.

Gegenüber solchen Meistern unserer Wissenschaft bekenne ich mich mit aller Bescheidenheit als einen Jünger. Aber auch, wer sich bewußt ist, nicht auf der Höhe seiner Wissenschaft zu stehen, darf hier und da das Wahre gefunden, oder auch nur Irrthümer widerlegt zu haben hoffen. Und, wird er eines Besseren belehrt, so ist schon diese Frucht seines Hervortretens für ihn und Andere hinreichend, sein Hervortreten selbst zu rechtfertigen. Eine Kritik, welche nicht bei allgemeinem Urtheil stehen bleibt, wird eben darum mir um so erwünschter sein, je schärfer sie ist; sie wird mir die Veranlassung bieten, mich über einzelne in dieser Schrift gegebene Entscheidungen in ausführlicheren Beweisen zu ergehen, als der Raum dieser Blätter mir deren Aufnahme gestattete.

Die zweite Abtheilung wird von Erwerb und Verlust, die dritte und letzte von dem Rechtsschutze des Eigenthums handeln. An einen Zeitpunkt des Erscheinens dieser Abtheilungen habe ich mich nicht gebunden; einmal weil eine gewisse Frivolität darin liegt; dann weil solche Zusicherungen in der Regel nicht gehalten werden; endlich weil ich die Erfahrungen, welche durch diese erste Abtheilung

für mich selbst erwachsen, vorerst klar übersehen und zu Nutz und Frommen der späteren Darstellung verwenden will. Doch kann ich die Versicherung geben, daß meine wissenschaftliche Thätigkeit, unzersplittert, sich nur dieser Aufgabe und ihrer Lösung zuwendet. Aeußerlich gerechtfertigt bin ich wol hinreichend dadurch, daß jede Abtheilung ein für sich bestehendes Ganzes bildet.

Geschrieben im November 1856.

Inhalt.

Einleitung: S. 1.

§. I. Eigenthumsbegriff: S. 3. §. 1.: Definitionen. §. 2.: Der Ausdruck „Eigenthumsrecht" im ſubjektiven Sinne iſt unrichtig: S. 4. §. 3.: Die aus dem Eigenthum fließenden Befugniſſe ſind nicht „Rechte des Eigenthümers." §. 4.: Jura in re mindern das Eigenthum nicht: S. 5. §. 5.: Sie beſchränken nur die Ausübung des Eigenthums: S. 6. §§. 6. 7.: Elaſtizität des Eigenthums: SS. 6. 7. §§. 8—10.: Unkörperlichkeit der jura in re: SS. 7. 8.

§. II. Innere Untheilbarkeit des Eigenthums: S. 8. §. 1.: Beweis der Regel. §. 2.: Scheinbare Ausnahmen: S. 9. §. 3.: Quiritariſches und bonitariſches Eigenthum insbeſondere. §. 4.: Deutſchrechtliches ſog. getheiltes Eigenthum: S. 10. §. 5.: Obligatoriſche Entkräftung des Eigenthums: S. 22.

§. III. Miteigenthum: S. 23. §. 1.: Intenſive Gleichheit der rechtlichen Stellung der Miteigenthümer zu einander, trotz ungleicher Bruchtheile. §. 2.: Deutſchrechtliches ſog. Geſammteigenthum. §§. 3—7.: Selbſtändigkeit des Bruchtheileigenthums an ſich; deſſen Unſelbſtändigkeit gegenüber der Sache: S. 25. §. 8.: Quaſi-Contrakt: S. 27. §. 9: Entſtehungsgründe von Miteigenthum. §. 10: Dereliktion eines Bruchtheils?: S. 28. §. 11: Singularitäten: S. 29.

§. IV. Sachtheilbarkeit: S. 30: §§. 1. 2.: Mobilien. §. 3.: Quantitäten insbeſondere: S. 31. §. 4.: Individualiſirte Komplexe von Mobilien: S. 32. §. 5.: Flüſſigkeiten. §§. 6—8: Immobilien: S. 33. §. 9.: Untheilbarkeit des Bodens, auf welchem ein Gebäude ſteht?: S. 34.

§. V. Eigenthumsbeſchränkungen im Allgemeinen: S. 36. §. 1: Male nostro jure uti non debemus? §. 2.: Sog. Legalſervituten: S. 37.

§. VI. Fähigkeit der Perſon: S. 39.

§. VII. Fähigkeit der Sache: S. 39. §. 1.: Körperlichkeit. §. 2.: Begriff von extra commercium esse: S. 40. §. 3.: Die res extra comm. im Einzelnen: S. 41.

§. VIII. Veräußerungsbeschränkungen: a) durch Vertrag: S. 58. §. 1.: Regel. §. 2.: l. 7, 2 distr. pign. 20, 5?: S. 61.

§. IX. b) durch letztwillige Verfügung: S. 62. §. 1.: Regel. § 2.: Familienfideikommiß: S. 63. §. 3.: Ueberschußfideikommiß: S. 64. §. 4.: c. 2 usuc. pro emptor. 7, 26?: S. 66.

§. X. c) durch Richterspruch: S. 68.

§. XI. d) durch Gesetz: S. 70. §. 1.: Regel. §. 2.: Adventicia: S. 73. §. 3.: Lucra nuptialia: S. 74. §. 4.: Vermachte Sachen. §. 5.: Persönliche Veräußerungsunfähigkeit: S. 75. §. 6.: Oratio Severi. §. 7.: Lex Julia de fundo dotali: S. 85. §. 8.: Schenkungen unter Ehegatten: S. 88. §. 9.: Kirchengüter: S. 88. §. 10.: Res litigiosae: S. 91.

§. XII. Recht, fremdes Eigenthum zu veräußern: S. 96.

§. XIII. Sonstige Vindikationsbeschränkungen: S. 99. §. 1.: Fälle. §. 2.: Tignum junctum insbesondere. §. 3.: Hand wahre Hand: S. 102.

§. XIV. Sonstige Eigenthumsbeschränkungen: S. 103. §. 1.: Religiöser Natur. §. 2.: Baupolizeiliches: S. 105.

§. XV. Das sog. Nachbarrecht insbesondere: S. 113. §. 1.: Ambitus. §. 2.: Immission: S. 118. §. 3.: Glans legenda u. Ä.: S. 139. §. 4.: Nothweg: S. 142. §. 5.: Bergwerke in fremdem Grundstück: S. 144. §. 6.: Deichpflicht: S. 145.

Einleitung.

Bei der systematischen Bearbeitung des gemeinen bürgerlichen Rechts ist es Sitte, einen allgemeinen Theil vorauszuschicken, so sehr man das Unsystematische dieses Verfahrens begreift. Man entnimmt die Entschuldigung aus der Zweckmäßigkeit. Aber gerade auch die Zweckmäßigkeit ist zu läugnen. Denn eine der Wahrheit möglichst nahe kommende Abstraktion ist für Lehrende und Lernende erst auf der breiten und festen Grundlage umfassender spezieller Erkenntniß zu hoffen. Was dem Anfänger im Lernen noth thut, die Kunde der Quellen seiner Wissenschaft, sowie von deren Regeln in ihrer überlieferten, gleichsam klassisch gewordenen Fassung: dieser Stoff für Enzyklopädie und Institutionen wird, neben dem Studium der Geschichte dieser Wissenschaft, jeden überhaupt Fähigen hinreichend in Stand setzen, demnächst zu der detaillirten systematischen Erkenntniß vorzuschreiten. Bei dem zeitherigen Verfahren dagegen ist der Lernende durch die sogenannten allgemeinen Lehren im Voraus befangen; überall legt er deren Maßstab an, und da jene Lehren der subjektiven Färbung des Lehrers nie ermangeln werden, sobald der Letztre den Beruf fühlt, seine Wissenschaft zu fördern: so gelten Hypothesen als Beweise, ja der Lehrer selbst ist nur zu häufig der Sklave seiner einmal gewonnenen und in seine Natur übergegangenen Regel. Wer freilich, wie von Savigny, den allgemeinen Theil erst nach so außerordentlichen speziellen Studien und Leistungen hinstellt: vermeidet jene Gefahren und fördert die Wissenschaft in ihren Grundvesten. Dem Verfasser dieser Arbeit dagegen erschien es, indem er den Eingangspunkt in das System suchte, daß der Typus aller Rechtsverhältnisse, das Rechtsverhältniß in seiner klarsten und vollkommensten Gestalt, das

Eigenthum sei. Aus ihm ist der abstraktere Begriff Vermögen hervorgewachsen; die Familienverhältnisse in ihrer Entstehung und nach ihrer juristischen Seite wurden ursprünglich dem Eigenthum ähnlich gedacht. Im Eigenthum ist der Gegensatz zwischen Subjekt und Objekt der schroffste, das Verhältniß ein totales, durch die Körperlichkeit des Gegenstandes gleichsam sichtbares. Nirgends erhellt die künstliche Erweiterung der Kräfte des Menschen durch Unterwerfung der unfreien Natur so wie im Eigenthum. Kein reines Privatrechtsverhältniß endlich hat die gleiche soziale Bedeutung wie das Eigenthum, weil keines zugleich so absolute und so beständige Macht ist. Insbesondere das Grundeigenthum, als ausschließliche privatrechtliche Gewalt über einen Theil des Staatsgebiets, hat darum von jeher seinem Träger, im ordentlichen Verlauf der Dinge, eine hervorragende öffentlichrechtliche Stellung gewährt, [1]) während das übrige „Vermögen" erst weit später und spärlicher zu ähnlicher Anerkennung und Machtverleihung durchzudringen vermochte. [2])

1) Die höhern Freiheitsrechte sind nach ältrem deutschem Recht durch den Grundbesitz bedingt. Walter, Deutsches Priv.-R. §. 131. Daraus wurden in der spätern Allgemeinheit der Unterthanenfreiheit ebensoviele politische Vorrechte, die nun natürlich schwerer zu behaupten waren und dem neuen System über kurz oder lang mehr oder weniger vollständig erlagen, so die Befreiung von öffentlichen Lasten, die Patrimonialgerichtsbarkeit; überhaupt, soweit das verbundne Interesse der neuen deutschen Souveränetäten und der Unterthanenschaften ihnen entgegenstand. Besser erhielt sich die Landtagsfähigkeit. In jeder gesunden Staatsverfassung wird der Grundbesitz einer besondern Vertretung bedürfen, als das konservative Element, welches den Thron gleichermaßen stützt, als es den Bestand und die Stetigkeit der Verfassung und nationalen Repräsentation sichert.

2) Aus der Geschichte des römischen Rechts sind hier die Begriffe „locuples" und „assiduus" mit einander zu vergleichen. Die altpatrizischen Curien und Tribus schienen zugleich Eintheilung der Bürger und der Feldmark gewesen zu sein (Mommsen, röm. Gesch. I, S. 59); die ältesten Comitien waren curiata. Auch die Klassen des Servius Tullius beruhten auf der Größe der Grundstücke (Mommsen, ibid. S. 68). Wenn nun auch die quellenmäßige Ableitung von „assiduus a. d. assibus dandis" etymologisch verworfen werden muß, so liegt doch in ihrer Aufstellung die Notiz, deren Richtigkeit keinen Anstand findet, daß das Capitalvermögen späterhin den mangelnden Grundbesitz in der Anordnung des Stimmrechts ersetzte. Daher die Klassifizirung nach Assen in unserer Ueberlieferung

§. I. Eigenthumsbegriff.

§. 1. Eigenthum ist die den Körper der Sache erfüllende rechtliche Macht der Person.

Die römischen Quellen geben uns keine Begriffsbestimmung ex professo. Gelegentlich nennt ein älteres kaiserliches Reskript in l. 2 de his qui sui v. al. j. 1, 6 das Eigenthum eine „illibata potestas" des Herrn über seine körperliche Sache. Der rechtliche Charakter dieser Macht erhellt aus der ältesten Formel der Eigenthumsklage (Gai. 4, 16): „Hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse ajo." Gegenstand dieser Klage ist die körperliche Sache, das Eigenthum. Vgl. Pomp. l. 39, 1 d. inf. 39, 2: Si domus in controversia sit — mit Ulp. l. 4 pr. comm. div. 10, 3: corporalium rerum dominium habemus. — Von neueren partikulargesetzlichen Definitionen führen wir an:

1) Bair. L.-R. Theil II Cap. 2 §. 1: Das Eigenthum ist eine Macht und Gewalt, mit dem Seinigen nach eigenem Belieben frei und ungehindert so weit zu disponiren, als Gesetz und Ordnung zuläßt. —

2) Preuß. L.-R. Theil I Tit. 8 §. 1: Eigenthümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache mit Ausschließung Andrer aus eigener Macht durch sich selbst oder durch einen Dritten zu verfügen. —

3) Oestreich. G.-B. §. 354: Als ein Recht (?) betrachtet, ist Eigenthum das Befugniß, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten. —

4) Code Nap. art. 544: La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, [1]) pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlemens. — Weit mutter ist die Uebersetzung im badischen L.-R.

---

weit späteren Datums. Das Schwergewicht des Staats fiel nun nothwendig in den Senat, dessen Mitglieder den großen Grundbesitz vorzugsweise behaupteten und konsolidirten; daher das Steigen seiner Macht, welche die der Volkstribunen lange paralysirte und die Volksversammlung durch ihre directen und indirecten Mittel in der Regel beherrschte.

1) Was ist absoluter als das Absolute?

§. 2. Die Bezeichnung „Eigenthumsrecht" ist geeignet, die Erkenntniß des Eigenthumsbegriffs zu verdunkeln; Eigenthum hat keinen zu spezialisirenden Rechtsinhalt, seine Begränzung ist eine physische.

Vgl. Ulp. l. 13, 1 d. inf. 39, 2: Sive corporis dominus, sive is qui jus habet utputa servitutem...

Dem entsprechen die Klagformeln: Gai. 4, 3: In rem actio est, quum aut corporalem rem intendimus nostram esse; aut jus aliquod nobis competere velut utendi... — Das Eigenthum selbst ist körperlich, alle „Rechte" sind unkörperlich: §. 2 I. reb. incorp. 2, 2. — In Kodexstellen ist hier und da von „Eigenthumsrecht" die Rede, ohne Bewußtsein von unsrer Frage; z. B. Just. c. un. 3 assert. toll. 7, 17. Alex. (rescr. 223) c. 4 rel. 3, 44; in der Bedeutung von Rechtsverhältniß. Dagegen in einem andren Reskript desselben Kaisers (c. 5 distract. pign. 8, 28) —:

(Ist der Schuldner bereit, die Schuld zu tilgen, und distrahirt der Pfandgläubiger dennoch:) improba alienatio proprietatis tuae jus non auferet —

steht „jus" offenbar nur um des Gegensatzes willen zu der vom Gläubiger begangenen „injuria". — Und wenn Ulp. in l. 8 aq. pluv. arc. 39, 3 sagt: „sive in corpore sive in jure loci habeat quis jus", so kann hier das doppelte jus nicht einerlei Bedeutung haben; das zweite jus ist „rechtliche Zuständigkeit", „Rechtssubjektivität".

§. 3. Die aus dem Eigenthum fließenden Befugnisse sind durch keine Aufzählung erschöpfend anzugeben; selbst eine erschöpfende Aufzählung würde das Wesen des Eigenthums nicht ausdrücken. Sie „Rechte des Eigenthümers" zu nennen, ist im Widerspruch gegen die Unselbständigkeit ihres Daseins.

Anders verhält es sich mit Befugnissen, welche das Rechtsgesetz Eigenthümern gewisser Arten von Sachen beilegt, ohne daß sie aus dem Eigenthume fließen: diese als wahre „Rechte" zu bezeichnen, steht Nichts im Wege. So z. B. die Gemeindetheilberechtigungen der altbürgerlichen Eigenthümer bestimmter Häuser in einer Gemeinde deutschrechtlicher Natur an gewissen Gemeindeeinkünften; vgl. Girtanner's Rechtsfälle, 2. Aufl., Nr. 8. Denn

die Aufhebung ſolchen objektiven Rechts bewirkt nicht einen neuen Eigenthumsbegriff.

Der im Text aufgeſtellte Satz beruht auf unzerſtörlicher Logik, und iſt als ein ſolcher von den klaſſiſchen Juriſten unzweideutig anerkannt.

Vgl. Ulp. l. 5 pr. si usfr. pet. 7, 6: Uti frui jus sibi esse solus potest intendere qui habet usumfructum, dominus autem fundi non potest; quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet. Nec enim potest ei „suus" fundus servire. — Paul. l. 26 s. p. u. 8, 2: Nulli res „sua" servit. — Ulp. l. 45 pr. r. j. 50, 17: neque pignus rei „suae" consistere potest. — Dieſer Satz hat praktiſche Wichtigkeit. So kann der Ehemann, welchem die Ehefrau den Nießbrauch über deſſen eignes Grundſtück als Mitgift gab, denſelben nicht durch langjährige Nichtausübung verlieren, ſondern nur ſein Eigenthumsklagrecht unter den hierzu erforderlichen Vorausſetzungen und längeren Zeitfriſten. Denn jene Dotalbeſtellung entzieht zwar den Nießbrauch der Frau, verleiht ihn aber nicht als etwas Selbſtändiges dem Manne, ſondern bewirkt in letztrer Hinſicht nur Conſolidation des Eigenthums; vgl. Tryph. l. 78 pr. j. dot. 23, 3.

§. 4. Selbſtändige „Rechte" werden dieſe Befugniſſe dann, wenn der Nichteigenthümer ſie erwirbt. Durch ihre Koexiſtenz iſt das Eigenthum nicht gemindert.

Vgl. Paul. l. 9, 2 aq. pluv. arc. 39, 3: Non autem solius ejus, ad quem jus aquae pertinebit, voluntas exigitur in aquae cessione, sed etiam domini locorum, et si dominus uti ea aqua non possit; quia recidere jus solidum ad eum potest. — Und beſonders Paul. l. 25 pr. v. s. 50, 16: Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse etiam quum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars sed servitus [1]) sit ut via et iter; nec falso dici totum meum esse, cuius non potest ulla pars

1) Flor.: „servitutis", wohl ein Irrthum des Abſchreibers, zu erklären, ſei es aus dem vorausgegangenen „dominii", ſei es aus dem folgenden „sit".

dici alterius esse; hoc et Julianus, et est verius.[1]) — Diese Stelle ist bei den Eigenthumsdefinitionen des österreichischen und des französischen Gesetzbuches außer Acht gelassen; das „verius", zusammengehalten mit der geläufigen Unterscheidung der Quellen zwischen „plena" und „nuda" proprietas, zeigt übrigens, daß auch Römer das Eigenthum als zusammengesetzt aus Dispositionsbefugniß über die Substanz, und Gebrauchs- wie Genußbefugniß, sich gedacht haben müssen, wie es denn auch noch nach richtigerer Einsicht einem praktischen Volke ziemte, ein Eigenthum, welches nicht seinem Eigenthümer seinen Ertrag trägt, ein nacktes oder leeres zu nennen.

§. 5. Sie beschränken lediglich die Ausübung des Eigenthums so weit sie reichen.

Vgl. Jav. l. 13, 1 s. p. r. 8, 3: Si ager itineri servit, dominus in eo agro nihil facere potest quo servitus impediatur. — Gai. l. 3, 2 usufr. 7, 1: in universum inutiles essent proprietates, semper, (= falls immer u. s. w.) abscedente usufructu.

§. 6. Fällt daher das Recht des Nichteigenthümers in sich zusammen, so ist von selbst auch diese Schranke beseitigt.

Z. B. desinit pignus esse: Jul. l. 29 pign. 13, 7.

---

1) Vgl. Wirth, Beiträge zur Systematik. Erlangen 1856. S. 28 ff. Er erkennt die Ungleichartigkeit der Begriffe Eigenthum und dingliches Recht richtig, zieht aber daraus den auffallenden Schluß: „Weil . . . das Wesen des jus in re allerdings in der Herrschaft über eine körperliche Sache besteht, so glaubte man das nämliche vom Eigenthum behaupten zu müssen. Aber grade hierin liegt der Grundirrthum (!), zu welchem das R. R. nicht die mindeste Veranlassung giebt." Nach ihm besteht das Wesen des Eigenthums vielmehr in dem rechtlichen Pertinenzverhältnisse der Sache. Dieß ist vollkommen wahr, nur ist das Pertiniren eines von Objekt zu Subjekt, nicht, wie im geläufigen Sinne: von Objekt zu Objekt; und in Jenem liegt das Wesen der rechtlichen Herrschaft. Wirth giebt diese Herrschaft, aber nur als naturale, nicht als essentiale dominii zu; er führt an l. 9 r. v. 6, 1: . . . ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere qui non objecit aliquam exceptionem. Hier bleibe die Pertinenz, nicht die rechtliche Herrschaft. Im Gegentheil! nur die Pflicht zur Herausgabe (obligatio ad faciendum) des Besitzes, zur Einräumung der faktischen Herrschaft, cessirt eventuell. Pertinenz ohne rechtliche Herrschaft müßte die Sache der Person juristisch assimiliren, personifiziren, wie z. B. zu Immobilien pertinirende Mobilien dadurch juristisch immobil werden.

§. 7. Diese Fähigkeit, [1]) aus eigner Kraft in die scheinbare Lücke einzudringen (s. g. Elastizität), [2]) ist das untrügliche Merkmal wahren Eigenthums.

§. 4. I. usfr. 2, 4: Quum autem finitus fuerit ususfructus, revertitur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem. — Für revertitur: regreditur: c. 3 pr. ibid. 3, 39. Ant.; redit: Ulp. l. 3, 1 usufr. accresc. 7, 2; ja recurrit (ususfructus amissus): Paul. R. S. III, 6, 28. Und Gaius 2, 30 drückt sich folgender Maßen aus: usufructuarius, in jure cedendo domino proprietatis usumfructum, efficit ut a se discedat et convertatur in proprietatem.

§. 8. Jene Rechte von Nichteigenthümern beherrschen wie das Eigenthum die Sache unmittelbar (jura in re), aber nur nach gewissen **Eigenschaften** derselben; deren **Körper** dagegen **erfüllen** sie auch nicht zu dessen kleinstem Theile.

Ueber den Weg, welchen Titius zu befahren das Recht hat, dauert das Eigenthum des Grundherrn fort.

§. 9. Damit steht völlig im Einklange, daß sie die Sache **nach jener Eigenschaft** in jedem körperlichen kleinsten Theile, insofern sie diese Eigenschaft hat, zu beherrschen vermögen.

Jav. l. 13, 1 s. p. r. 8, 3: Si totus ager servit, servitus ita diffusa est, ut omnes glebae serviant.

§. 10. Wie der Körper sichtbar und berührbar ist, so gilt im Recht die Eigenschaft (Kraft des Stoffes) als unsichtbar, unberührbar, unkörperlich. Die Rechte über Sachen sind demnach mit der gleichen Folgerichtigkeit unkörperlich, welche das Eigenthum als körperlich bezeichnet.

§. 2. I. rr. incorp. 2, 2: Incorporales (res) sunt quae tangi non possunt; qualia sunt ea quae in jure consistunt, sicut ususfructus, usus. Nec ad rem pertinet, quod fructus, qui

1) Vgl. l. 4 pr. statu homm. 1, 5 (Freiheitsbegriff; Arndts Pand. II. Ausg. §. 130. Anm. 2).

2) Vgl. die schon zu §. 4 angezogne l. 9, 2 aq. pluv. arc. 39, 3.

ex fundo percipiuntur, corporales sunt: nam ipsum jus utendi fruendi incorporale est. §. 3: Eodem numero sunt jura praediorum, quae etiam servitutes vocantur. — Ob an einer herrenlosen Sache eine Servitut entstehen kann, wird wol richtiger geläugnet. Es fehlt an dem Vertreter der Sache, der dieselbe zu verpflichten vermöchte; Okkupation ist nur Eigenthumserwerbsart, ein körperliches Ergreifen erfordernd, der Servitut aber entspricht kein körperlicher Besitz; Erwerb durch Verjährung setzt ganz entschieden voraus, daß die Sache bereits beherrscht sei. — Dagegen hören bestehende Rechte über eine Sache dadurch nicht auf, daß dieselbe herrenlos wird. Denn die Sache selbst gilt als das Dienende, Verpflichtete.

§. II. Innere Untheilbarkeit des Eigenthums.

§. 1. Die einzelne körperliche Sache ist jederzeit nur in einem Eigenthum zu stehen fähig. Das Eigenthum ist seinem Inhalt nach untheilbar,[1]) durch die juristische Unbestimmbarkeit dieses Inhalts, durch die Unmöglichkeit seiner rechtlichen Begränzung. Trennt man Bestimmtes, Begränztes, von Unbestimmtem, Unbegränztem: so hat man dort Recht über die Sache

1) Plena, nuda proprietas, bedeutet nicht eine Eintheilung des Eigenthums, sondern ist eine das Verhältniß von Nießbrauch zu Eigenthum, je nachdem beide nur ein oder aber gesonderte Rechtssubjekte haben („usus-fructus conjunctus, separatus"), unterscheidende quellenmäßige Terminologie. Vgl. von Löhr in Grolman's und Löhr's Magazin III (1820), 16, 1, S. 483—6. Von Bedeutung ist sie nicht für das Eigenthum, wol für die Lehre vom Nießbrauch. — In den Ländern des sächsischen Rechts hat sich die Ausdrucksweise „natürliches Eigenthum" für publizianischen Besitz an Immobilien erhalten, im Gegensatz zum ächten, s. g. „bürgerlichen" Eigenthum. Jenes entsteht schon durch Eigenthumsübergabe, dieses naturalis acquirendi modus; dieses dagegen erst durch gerichtliche Allodialbeleihung in Folge der s. g. Lehensauflassung, also eine civilis acquisitio. Vgl. das Gutachten der Leipziger Fakultät bei Semmel: Lehen giebt kein Eigenthum! (Leipz. 1856), eine Schrift, welche des darin enthaltenen Rechtsfalls und der gerichtlichen Erkenntnisse wegen lesenswerth ist. Beiläufig bemerkt, ist „Lehen" in jener Rubrik nicht von Verleihung in irgend ein lehenrechtliches Verhältniß verstanden.

geschaffen, hier dagegen bleibt Unbestimmtes, Unbegränztes, bleibt das wahre Eigenthum.

L. 5 stip. serv. 45, 3: Ulp: Servus communis est non quasi singulorum totus. — L. 5, 15 commod. 13, 6; id.: duorum in solidum dominium esse non posse.

§. 2. Wohl aber ist es denkbar, daß in ein und derselben bürgerlichen Gemeinschaft unausgeglichene, einander widerstreitende, objektivrechtliche Anschauungen über persönliche und sachliche Fähigkeit zum Eigenthum, über Gründe und Formen von dessen Erwerb und Verlust, neben einander sich behaupten, jede nach Verdrängung der andren strebend. So lange keine zu diesem Siege, dessen endliches Erfolgen in der Natur der Entwicklung des Rechts im Staate liegt, durchzudringen im Stande ist: gilt in solchen Gesellschaften und Zeiten ein scheinbar mehrfaches Eigenthum. Nicht in Wahrheit: denn jede dieser Rechtsanschauungen verneint die andere im Prinzipe. Titius ist Eigenthümer nach dem einen, Maevius nach dem andern objektiven Rechte. Die Rechtsanwendung im Staate freilich ist dann in die Nothwendigkeit versetzt, zu vermitteln, den Titius hier, den Maevius da als Eigenthümer zu behandeln, gleichsam nach den Bedingungen des zeitweisen Waffenstillstandes der einander bekämpfenden Rechtsanschauungen.

§. 3. So erwuchs in Rom das jus gentium neben dem ursprünglich einzig anerkannten jus civile allmählich zu positiver Geltung; — zuerst in den Edikten der Prätoren, womit die Fortdauer der formalen Alleinherrschaft des jus civile wenigstens noch anerkannt blieb; — später selbst zu formaler Rechtsbeständigkeit neben der des Civilrechts, durch und in der Rechtswissenschaft, welche, überall auf der Rechtsanwendung ruhend und dieselbe fördernd, auch hierin lediglich den vorhandnen Dualismus der volksmäßigen Rechtsüberzeugung juristisch begriff und aussprach. In dieser letztren Epoche also gab es in Rom ein scheinbar doppeltes Eigenthum über ein und dieselbe körperliche Sache. Wie nun das Eigenthum nach jus gentium langsam den Sieg erfochten, wie schließlich materielle Befugnisse des dominus ex nudo jure Quiritium durchaus unerfindlich waren: da kam es dem Gesetzgeber Justinian zu, auch des Wortes formales Dasein aus dem Rechte zu löschen, dessen Bedeutung längst, sogar in der Erinnerung, verklungen war.

§. 4. Einen ähnlichen Dualismus der Rechtsanſchauung bietet das ausgebildete germaniſche Lehensweſen. Urſprünglich hatte der Vaſall nur ein widerrufliches, unvererbliches Nutzungsrecht. Ordentliche Unwiderruflichkeit, Vererblichkeit [1]) traten ſpäter hinzu; die „Gewere“ des Vaſallen über das Gut wurde unbeſtritten; aber eine „eigentliche“ Gewere war dieß nicht, d. h. der Lehensherr behielt das „Eigenthum“, blieb „Eigner“ oder „Eigenthümer“. Vorzüglich klar wird dieß durch ſein Heimfallsrecht. Nie reduzirte ſich ſeine Lehenshoheit auf einen rein ſtaatsrechtlichen Begriff. Aber grade die in ihr ruhende untrennbare Miſchung von Staats- und Privat-Recht bewirkte in einer weit ſpäteren Zeit, daß der Verfall der lehensſtaatsrechtlichen Grundſätze auch den der privatrechtlichen Eigenthumsdoppelität nach ſich zog. — Die Idee des vaſalliti ſchen Eigenthums entſprang naturgemäß den mit ihrer Macht ſteigenden Anſprüchen der Vaſallen. Muß doch ſchon der römiſch gebildete und darum ſolcher Eigenthumstheilung abholde lombardiſche Feudiſt Jene als „gleichſam Eigenthümer“ bezeichnen. Vgl. II. Feud. tit. 8. §. 1: Rei vasallus hanc habet potestatem, ut tamquam dominus possit a quolibet possidente sibi quasi vindicare et, si ab alio ejus rei nomine conveniatur, defensionem opponere. Nam et servitutem eidem rei debitam potere potest et retinere. — Aber gleich §. 2 drückt den Vaſallen hinab in die Lage eines Perſonalſervitutberechtigten: durch das jus recadentiae, durch das dann miterfolgende Erlöſchen der vom Vaſallen mittlerweile beſtellt geweſenen Servituten. Und §. 4 ſagt grade zu: Quamvis enim possessio (Gewere: Zöpfl, Deutſche Staats- und Rechts-Geſchichte, II. Aufl. §. 98 Note 11) per beneficium (auch dieſe Worte haben hier eine einſchränkende Bedeutung) ad eum pertineat, tamen proprietas ad alium spectat. — Mit „possessio“ verbindet ſich hier der Sinn körperlichen Sachbeſitzes wie beim emphyteuta. So findet auf den Vaſallen Anwendung: l. 15 pr. qui satisdare cogantur 2, 8 (Macer): possessores immobilium rerum satisdare non compelli. §. 1: Sed

1) Theilbarkeit. Nur für die mit Reichs-Würden und -Aemtern bekleideten Lehen war nach ältrem Reichsrecht zu Erhaltung der Reichsgewalt die Theilbarkeit ausgeſchloſſen; doch kam dieſe Beſtimmung, unter Connivenz der Kaiſer, in Verfall. Vgl. Schurpf (ed. 1612) cent. II consil. 37, 1.

ADVOCAT
Dr LEHMANN
DRESDEN

et qui vectigalem, i. e. emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur; item qui solam proprietatem habet. (§. 3: über Dotalgrundstück: beide Ehegatten.) — Anders beim Pfandgläubiger, mag er gleich Faustpfand, also Besitz in diesem Sinne, haben (§. 2 ibid.); anders beim einfachen Nutznießer. Denn freilich der Vasall ist ein besonders qualifizirter Nutznießer. II. Feud. tit. 23. §. 1: Beneficium (in der Bedeutung von Lehen) ex benevolentia (darum ist es kein precarium mehr in der Fortdauer) ita datur alicui, ut proprietas quidem rei penes dantem remaneat, usus fructus vero ita ad accipientem transeat, ut (in dieser spätren Periode) ad eum heredesque suos in perpetuum pertineat ad hoc (Modus), ut . . fideliter domino serviant (speziell oder generell). — Der canon, welcher die Emphyteuse als abgeleitetes Recht charakterisirt, liegt nicht in der regelmäßigen Natur des Lehens; dagegen ist das Lehen i. d. R. unveräußerlich. — Andrerseits wurden bereits zur Glossatorenzeit Befugnisse dem Vasallen zugeschrieben, welche nach justinianeischem Rechte dem Eigenthümer selbst dann verblieben, falls er die Sache den stärksten, den Römern bekannten, Rechten Dritter unterworfen hatte; z. B. der Antheil des Grundeigenthümers am gefundnen Schatze. [1]) Hätte man nun in der damaligen Zeit den römischen Eigenthumsbegriff richtig verstanden, so mußte man einsehen, daß auch diese wie andre Befugnisse, dem Eigenthümer entzogen, das Eigenthum desselben nicht aufhebe oder theilen; man brauchte deßhalb nicht dominium directum und utile zu unterscheiden. Aber freilich der Vasall wollte Eigenthümer sein, insbesondre auch nach römischem, als dem gemeinen, Recht; er beanspruchte eine Fülle der rechtlichen Macht über die Sache. Und so fanden die Glossatoren, zugebend daß die Rechtsbücher Justinian's den Ausdruck „Eigenthümer" für ihren „utilis" dominus nicht gebrauchen (Glosse zu l. 1, 1 si ager vect. 6, 3), gleichwohl darin das Unfindbare, ihr duplex dominium, und sicherten so die Rezeption des römischen Rechts gegen die Gefahr an den germanischen Lehensinstitutionen zu scheitern. Die Glosse schrieb das utile dominium der Römer

1) Dagegen die insula nata erhält die Lehensqualität.

dem Emphyteuta und dem Superfiziar zu. Sie berief sich, ohne den Zweifel des Joannes weiter zu beachten, auf Stellen wie l. 16 sonv. 8. 1, wo Julian dem Faustpfandgläubiger und dem zinspflichtigen Erbbesitzer eines Grundstücks eine „utilis ipsius fundi petitio“ zugesteht. Willkührlich wieder unterscheidend, stützt die Glosse hierauf das utile dominium des Emphyteuta, verwirft das jenes Gläubigers (Glosse zu c. 1 thesaur. 10, 15), sowie das Nutznießers (gl. cit.), obwohl wenigstens Julian in Ulpian's l. un. 4 remission. 43, 25 auch auf diesen die Klagen des Eigenthümers als utiles erstreckte, freilich gegen Labeo, Nerva, Marzellus in seinem Kommentar zu Julian in l. 1 pr. si usfr. pet. 7, 6, und gegen Ulpian selbst in l. 5, 1 ibid.

l. 1, 1 si ager vect. pet. 6, 3. Hier giebt Paulus dem römischen Erbpächter die „in rem actio“ gegen jeden dritten Sachbesitzer nur unter dem ausdrücklichen Beisatz: „obwohl er nicht Eigenthümer werde.“

l. 3, 3 com. p. 39, 1: dem Superfiziar steht eine utilis in rem actio zu; das Nähere über diese Klage giebt Ulpian in l. 1, 3 superf. 43, 18. Schon der Satz „aedificium cedit solo“ in seiner Naturnothwendigkeit mußte jede Idee eines „Eigenthums“ des Superfiziars ausschließen. Daß er den Römern[1]) hierzu aus-

1) Nicht immer den Neuern. Vgl. code Nap. art. 664: Lorsque les différens étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires (Eigenthümern: Badisch. L.-R. u. s. w. — Entweder ist hier an ächtes (ungetheiltes) Miteigenthum mit Realtheilung lediglich der Benutzung, wie dieß bei Miterben z. B. äußerst häufig vorkommt, zu denken; oder aber der Superfiziar ist als Eigenthümer bezeichnet. Ersternfalls wäre der Ausdruck verkehrt; die letztere Auffassung bestätigt sich aber auch daraus, daß, trotz Art. 552: La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, im gleich folgenden Art. 553 die Rede ist von propriété, qu'un tiers pourrait avoir acquise . . . soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment. Hier also ist propriété Rechtseigenthum, also nicht gemäß der Definition des Art. 544, und nicht im römischen Eigenthumsverstande, sondern, gemäß der Rubrik des 3. Buches des code (Eigenthum = Vermögensrecht; propriété des biens: Art. 711). Vgl. auch Zachariä, Lehrb. des franz. Civ.-R.'s, 4. Aufl., B. I §. 197 Not. 2: „Wenn die verschiedenen Stockwerke eines Hauses verschiedene Eigenthümer haben, so sind diese nicht als Miteigenthümer zu betrachten.“ Bestritten

reichte, beweist die Vergleichung mit der Emphyteuse. Das römische Recht hat keinen besondren superfiziarischen Kontrakt, wohl einen emphyteutikarischen; nur die Emphyteuse, nicht auch die Superfizies, bedarf der „in Anerkennung des Eigenthums des Andern“ zu leistenden jährlichen Abgabe; der Superfizies an sich ist kein Privationsgrund wesentlich. Allerdings, da die Emphyteuse am Grund und Boden selbst statt hat, mußte man nach äußren Kennzeichen des dem Verleiher verbleibenden Eigenthums suchen; dem Superfiziar dagegen durfte man insofern eine weit größre Unabhängigkeit einräumen, da die Natur seines Rechts zeigt, daß er nicht Eigenthümer sein kann.

Wie aber die utilis in rem actio Beider lediglich der Eigenthumsklage nachgebildete Klage bedeute, das ist hier noch nicht der Ort zu zeigen. Im gleichen Sinne wurde ihnen die Publiciana actio gegeben, zu analoger Erleichterung der Beweislast, wie bei der die direkte Eigenthumsklage vertretenden Public. a.: l. 12, 2. 3. Public. a. 6, 2.

So verfälschte die Glosse, in Konsequenz ihres theoretischen Irrthums, das römische Recht auch nach dessen praktischer Seite. Es behandelt z. B. die Glosse zu §. 39 I. de d. 2, 1 und zu c. 1 thesaur. 10, 15 neben dem Vasallen, dem das römische Recht nicht entgegensteht, trotz des Widerspruches des Placentinus (Pillius?) auch den Emphyteuta und „ähnlich“ Berechtigte als die Grundherrn in der Schatzerwerbslehre. Bei den „ähnlich“ Berechtigten denket wir, abgesehen von den hierher gehörigen deutschrechtlichen Arten von Bauerngütern, natürlich an den Superfiziar. Die Glosse nennt ihn nicht; vielleicht fühlt sie hier, daß denn doch bei ihm von Grundeigenthum wenigstens keine Rede sein kann.

Im Ganzen ist es charakteristisch, daß die Glosse mit ihrem doppelten Eigenthum immer grade zu solchen Stellen hervorzutreten genöthigt ist, welche vielmehr das Richtige hätten zeigen müssen. So sagt z. B. Gaius in l. 2 superf. 43, 18: Super-

aber ist es, ob in Bestellung der superficies eine intensive Theilung des Sacheigenthums liege: Zach. a. a. O. §. 198 Not. 1, der sich dagegen erklärt.

superficiarius aedes appellamus, quae in conducto[1]) solo positae sint; quarum proprietas et civili et naturali jure eius est cujus, et solum. Und doch bemerkt die Gloſſe zu „jure“: Non enim (?) jure directo, sed utiliter superficiarius est dominus et habet in rem.

Aus den in den römiſchen Quellen erſichtlichen Spuren des veralteten Gegenſatzes zwiſchen „ex jure Quiritium“ und „in bonis“ rem alicuius esse verſtärkte die Gloſſe ihre Dupliziſtätsidee. So mußte die prätoriſche longi temporis possessio und quasi-poss.,[2]) da ſie nur ope exceptionis, nicht ipso jure wirkte, als Erſitzung des utile dominium, der utilis servitus dienen: Gloſſe zu l. 3 u. et u. 41, 3. Nun waren Emphyteuſe und Superfizies erſitzbar, gegen alle richtige Auslegung des römiſchen Rechts. So ſagt Ulpian in l. 1. 2. b. p. 37, 1, daß die bonorum possessio dominium der Einzelſachen verſchaffe. Die Gloſſe aber giebt dem Civilerben das directum, dem bon. possessor das utile dominium; daher habe der Letztere nicht directam, nur utilem hereditatis petitionem. Man ſieht: die Gloſſatoren haben aus der utilis in rem actio ein utile dominium gemacht,[3]) und demnächſt jene utilis a. wieder aus dieſem ut. dom. erklärt.

Weniger behutſam tritt ſchon Bartolus auf (zu L. 17, 1 a. p. 41, 2). Ein kleiner Doktor Aurelianus hatte geſagt, es gebe nur ein Eigenthum, insbeſondre gebe es zwar utiles in rem actiones, aber kein utile dominium. Bartolus ſchlägt ihn, handgreiflich genug, mit c. 12 fund. patrimonial. 11, 61 durch die hier beiläufig vorkommende Bezeichnung der Emphyteuſe als „fundorum domini“, während doch auch umgekehrt possessio nicht ſel-

1) Der begründende Vertrag braucht nicht nothwendig locatio conductio zu ſein; der Grund und Boden aber tritt auch durch Leiſtung aus ſuperfiziariſchem Kaufgeſchäft nur in ein Detentionsverhältniß.

2) Ulp. l. 1 aq. pluv. arc. 39, 3. Die lex Scribonia (juris civilis) hatte die alte ächte Servitutenerſitzung aufgehoben.

3) Die Bemerkung von Löhr's in Grolman und Löhr's Magazin III (1820), 16, 2 S. 487 Anm., daß die utilis rei vindicatio Manchen zuſtehe, die Eigenthum verloren haben, iſt ebenſo quellenmäßig als die andere richtig iſt, daß die Zuſtändigkeit ſo benannter Klage darauf hinweiſe, daß kein Eigenthum vorhanden ſei.

ten das Grundeigenthum bedeutet: Brissonius v. s. s. v. possessio §. 7. Dagegen Recht hat Bartolus in dem Satze: non potest idem dominium esse apud duos. Ebenso richtig fühlt er, daß das bonitarische Eigenthum ungleichartig ist dem Recht des Vasallen, Emphyteuta, Superficiar, und kommt so, den Begriff des utile dominium dadurch wieder aus den Händen verlierend, zu neuer mehrfacher Klassifizirung. Auch ist es keinem Spätren gelungen, jenen Begriff aus dem römischen Rechte zu konstruiren, das Unmögliche zu verwirklichen. [1])

Praktische Bedeutung erhielt die Duplizität nur bei dem Lehens- und bei den bäuerlichen Gutsverhältnissen deutscher Herkunft; die fortdauernden „Rechte" des Verleihers — „Recht, gegen Zerstörung der Sache einzuschreiten; Recht der Zustimmung bei Veräußerungen, der Einziehung [2]) bei eintretender Erbloſigkeit; häufig auch das Recht auf gewisse Leistungen mit dem Rechte der Einziehung bei Nichtentrichtung derselben": — Walter: Deutsches Priv.-R. §. 132 — sind Eigenthumszeugnisse. Nur erscheint es vom germanistischen Standpunkte aus, daß nämlich auch Vasall und Bauer „Eigenthümer" seien, lediglich als Consequenz, mit Bluntschli das Heimfallsrecht, die Consolidation, auch im umgekehrten Falle der Erledigung und Erbloſigkeit des Obereigenthums zu Gunsten des Untereigenthümers anzunehmen. Daß das Untereigenthum nur ein Ausfluß vom Obereigenthum ist, trifft der Begründung dieser Verhältnisse nach nicht immer zu: es giebt auch oblata fonda; soll jenes Argument aber von dem Verhältniß als Zustand verstanden werden, so sehe man zu, daß man nicht dadurch den Eigenthumsbegriff beim Untereigenthum wieder aufgebe. Nicht aber kann man sich zum Beweise unsrer Ansicht darauf berufen, daß nach II Feud. 26 §. 24 durch Felonie

1) Durch Schärfe und Klarheit ausgezeichnet ist Thibaut's Abhandlung über dom. dir. und utile in dessen Versuchen II (1801) Nro. 3 S. 71—110. Er kommt zu dem gleichen Resultate wie wir, bedurfte aber lediglich aus römischem Rechtsbegriff, ohne auf das Materielle der deutschrechtlichen Verhältnisse sich einzulassen.

2) Dieser Ausdruck möchte, als eine persönliche Handlung erfordernd, das Heimfallsrecht nicht zum Besten bezeichnen.

des Lehensherrn dieſer gemäß der Rechtsſitte ſein Eigenthum an den Vaſallen verwirkte. Denn zur damaligen Zeit war die Anſicht vom getheilten Eigenthume noch keineswegs durchgedrungen. Eine intereſſante Beſtätigung unſrer Auffaſſung von dem allmählichen Heranwachſen des vaſallitiſchen Beſitzrechtes zu Eigenthum finden wir in der in Tit. 47 ebend. referirten Streitfrage. Daß durch keine Felonie der Lehensherr ſein Eigenthum verwirken könne: dieſe älteſte Meinung milderte ſich ſpäter durch Statuirung einer Ausnahme für große Felonie; ſchließlich ſiegte der Grundſatz, daß ſolche Felonie, welche, vom Vaſallen begangen, dieſen des Lehens beraube, gleichmäßig auch auf Seite des Lehensherrn wirke. Obwohl hierdurch nur gleichſam die Ebenbürtigkeit des gegenſeitigen Treuverhältniſſes ausgeſprochen war, der Rechtsverluſt als bloße Strafe erſchien: ſo mußte dieß doch auch auf die privatrechtliche Entwickelung der Anſchauung über das vaſallitiſche Beſitzrecht günſtig influiren. Als Conſolidation erſcheint die Wirkung dieſes Falls im preuß. L.-R. I. Tit. 18 §. 640.

Setzt man nun zunächſt, wie billig, die römiſche Auffaſſungsweiſe bei Seite, und hält ſich an das Thatſächliche jener deutſchen Rechtsgeſtaltungen: ſo beſteht das Unter- oder nutzbare Eigenthum in einer Leihe zu Nutz und lediglicher (unvollkommner, nicht eigentlicher) Gewer (Eichhorn, Einl. §. 160). In letztrer iſt der „Eigenthums"-Charakter belegen. Was die römiſchen Juriſten für den einfachen Nießbrauch verwarfen — deſſen Verbindung mit utilis rei vindicatio —: das finden wir im deutſchen Recht für dieſen potenzirten (erblichen, auf „außerordentliche" Nutzungen erſtreckten u. ſ. w.) Nießbrauch anerkannt, der demnach zwiſchen römiſchem Eigenthum und römiſchem Nießbrauch die Mitte hält.

Prüfen wir ſchließlich die Ergebniſſe dieſer Auffaſſung im preußiſchen Landrecht.[1]) Daß grade nur der Körper der Sache Eigenthumsgegenſtand ſei, war mit der Duplizität des Eigenthums

1) Bei der Conzeption des L.-R.'s fehlte es nicht an Momenten, welche die innere Untheilbarkeit des Eigenthums behaupteten. Die Gründe, aus welchen Suarez ſie widerlegt, ſind ſehr oberflächlich: 1) im dominium ſeien mehrere Rechte begriffen, alſo könne auch das eine einer oder der andern Perſon ausſchließend, ein andres beiden gemeinſchaftlich zukommen.

nicht vereinbar. — Diese Duplizität zugegeben, war kein Grund vorhanden, nur über körperliche Sachen von Eigenthum zu reden. Fiel diese Schranke, so stand jedes (substanzielle) Vermögensrecht im Eigenthum des Berechtigten, so hatte auch der Nutznießer das Eigenthum seines Nießbrauchs, der Gläubiger das Eigenthum seines Forderungsrechts.[1]) So ist denn auch nach A.-R. I. tit. 18 §. 2 Alles, was einen ausschließenden Nutzen gewährt, Gegenstand des Eigenthums,[2]) und nach §. 1 Eigenthümer, wer befugt ist, über die Substanz einer Sache oder eines Rechts zu verfügen. Hier wird Jeder fragen, was ist nun aber Sacheigenthum? Denn daß mit jener Begriffserweiterung lediglich ein vulgärer Sprachgebrauch sanktionirt, juristisch aber Nichts gewonnen ist, leuchtet ein.[3]) Statt dessen finden wir nur den Schlüssel zum getheilten Sacheigenthum, in §. 16: „Das Eigenthum einer Sache ist getheilt, wenn die darunter begriffenen verschiedenen Rechte verschiedenen Personen zukommen.“ — Aber wo bleibt da das Sacheigenthum selbst? Offenbar hört es auf; jene verschiedenen Personen sind Nichts als Rechtseigenthümer (§. 4). Dieß ist auch von den Redaktoren vollkommen begriffen (§. 17: Insofern mehrere Personen an einem dieser Rechte theilnehmen, ist das Recht, nicht aber die Sache selbst, ihr gemeinschaftliches [römisches Mit-] [§§. 14, 15]) Eigenthum.“ — Schlimmer ist, daß damit auch die Elastizität des Eigenthums im getheilten Eigenthum zu Grunde

2) Die Theilung sei einmal rezipirt. 3) Man könnte unmöglich den dominus utilis als einen bloßen Nutznießer behandeln u. s. w. Vgl. Bonnemann, System, 2. Aufl. (1838) Bd. 4 §. 287 S. 73 Anm.

1) Ueber letzteres vgl. Delbrück Uebernahme fremder Schulden (1853) in der Einleitung. Die Theorie des röm. Eigenthums darf man hierauf nicht anwenden.

2) Dieß geht offenbar noch weiter wie Eigenthum im Sinne von Gewere in älteren deutschrechtlichen Zeugnissen (= dingliches Recht: Beseler gem. deutsch. Priv.-R. Bd. II [1853] S. 40).

3) und ist gefühlt im Oesterreich. G.-B. §. 353: „Alles, was Jemanden zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigenthum.“ §. 354: „Als ein Recht betrachtet, ist Eigenthum das Befugniß, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkühr zu schalten und jeden Andern davon auszuschließen.“ Vgl. Winiwarter System, 2. Aufl. (1839), Th. II, zu §. 353, S. 106 f.

geht,[1]) so sehr sie Jedem für sich (vgl. auch §. 3) innerhalb seiner Rechtssphäre, sowie bei Erlöschen des Rechts des Anderen zuerkannt ist. Arg. §§. 23, 24; auch Tit. 9 §. 96 vv.: „Das freie Eigenthum", und die Fassung im Tit. 18 §. 7: „Auch außerordentliche Nutzungen, welche sonst (nämlich bei ungetheiltem Eigenthum) nur dem wirklichen Eigenthümer der Sache gehören, kommen dem nutzbaren Eigenthümer zu", d. h. in dessen ungetheiltes Eigenthum; so der Erbkux (II. Tit. 16, §. 119), der Schatzantheil des „Grundeigenthümers": ?) I. Tit. 9, §§. 94—96 (ebenso hair. L.-R. Th. II, Kap. 3, §. 4). — Zwar, soweit Ober- und Unter-Eigenthümer eines Sinnes sind zu Verfügungen über die Sache („Proprietät": preuß. L.-R. I. Tit. 18, §. 2), repräsentirt dieser gemeinsame Wille den Sacheigenthümer. Aber dieser Gemeinsamkeit entspricht kein Realtheilungsanspruch, welcher die verschieden Gesinnten auseinandersetzte, ihre Willensfreiheit und ihren Sachanspruch gleichmäßig wahrte. Ja, nicht einmal Veräußerungsfreiheit steht dem nutzbaren Eigenthümer immer zu. So muß ihm das Obereigenthum persönlich und sachlich als ein ungerechter Druck erscheinen, so lange dessen Unablösbarkeit gilt.

Die Fälle getheilten Eigenthums sind nur wenige im L.-R. Bei Erbpacht tritt so wenig Theilung des Eigenthums ein, wie durch Aussetzung von Grundstücken zu Benutzung und Kultur (L.-R. I. Tit. 21, Abschn. 4). So steht die Erbpacht im 21. Titel hinter dem Nießbrauch, und mit demselben unter den Rechten zum Gebrauche oder Nutzung fremden Eigenthums. Nicht dagegen ist §. 201: „Die Erbpachtsgerechtigkeit ist das volle Eigenthum des Pächters u. s. w." Denn hier ist nicht Sacheigenthum gemeint; das Beiwort „volle" deutet auf die Idee, daß man sich auch das Nutzungsrecht fremden Eigenthums ebenso „getheilt" denken könne

---

1) D. h. die Rechtsvermuthung der Fülle der rechtlichen Macht über die Sache steht bei Keinem von Beiden.

2) Wogegen der Erbpächter auch hier gar nicht, der Superfiziar nur über die ihm zustehende Oberfläche als Eigenthümer gilt, und von diesen daher nur (I. Tit. 9, §. 97) letzterer, und auch dieser lediglich den über der Erde in seinem Rechtsbereich gefundnen Schatz erwirbt: §. 98. Diese Beschränkung des Superfiziars gegenüber der älteren falschen Theorie enthält eine Rückkehr zu richtigerer Auffassung.

wie das Sacheigenthum (arg. der gleich darauf folgende Abſchnitt deſſelben Titels, rubr. „Von dem eingeſchränkten Gebrauchs- und Nutzungs-Recht fremder Sachen“).

Im Begriff des Lehens liegt nach L.-R. I, Tit. 18, §. 13 das nutzbare Eigenthum. Dagegen der Zinsgutbeſitzer [1]) iſt präſumtiv ächter Sacheigenthümer unter Reallaſt: §. 681 (ebenſo im bair. L.-R. Th. IV, Kap. 7, §. 33; im königl. ſächſiſchen Recht: cod. Augusteus [Lünig I, S. 98 f.], vgl. Hrubold, Lehrb. 2. Abth. [3. Aufl. 1848] §. 459 a. E.; und in den herzoglich ſächſiſchen Rechten, vgl. Heimbach, Lehrb. §. 355); inſofern hat hier alſo bereits die eine objektive Rechtsanſchauung geſiegt. [2]) Möglich indeß bleibt, daß er Nichts vom Sacheigenthum hat: §. 682, oder, was erſt zu allerletzt geglaubt wird, daß das Eigenthum getheilt iſt: §. 683. Die Verleihungsumſtände, welche nach §§. 685—687 auf Theilung des Eigenthums ſchließen laſſen — Abgabe zu Anerkenntniß des Obereigenthums; unkultivirtes Land, unter Bedingung der Kultivirung, gegen Kanon, insbeſondere wenn einer juriſtiſchen Perſon verliehen — weiſen auf die römiſche Emphyteuſe hin, die von der deutſchrechtlichen Erbpacht um ſo ſchärfer zu ſondern iſt. Bei ſolchergeſtalt getheiltem Eigenthum iſt techniſch von Erbzinsgut, Erbzinsmann und Erbzinsherr die Rede. Endlich hat nach L.-R. II, 4, §§. 72. 73 der jedesmalige Familienfideikommißinhaber das nutzbare, die Familie das Obereigenthum. Die letztere Auffaſſung, obwohl auch in der bairiſchen und öſtreichiſchen Geſetzgebung vertreten, kann vom neueſten Standpunkte deutſcher Rechtswiſſenſchaft aus als eine richtige nicht mehr zugegeben werden. Beſeler: gem. deutſch. Priv.-R. Bd. III (1855), §. 176, Nr. V ff. Bad. L.-R.'ſatz 577 c. e.: „Der jeweilige Stammherr hat am Stammgut ein unzertheiltes Eigenthum, das aber in ſeinem Gebrauch beſchränkt und in ſeinem Genuß belaſtet iſt.“ Zwar die Rubrik des Kapitels lautet noch, dem her-

1) §. 680: Wenn Jemanden der Beſitz und Genuß eines Grundſtücks gegen eine davon zu entrichtende gleichförmige und beſtändige Abgabe verliehen worden: ſo wird ein ſolches Grundſtück ein Zinsgut genannt.

2) Ausdrückliche Berufung auf „Billigkeit“ als Grund dieſer Rechtsvermuthung finde ich bei Lünig a. a. O. XXXIX.

kömmlichen Namen zu lieb: „Von Familieneigenthum oder Stammgut.“ Besser wäre: „Von sogenanntem Familieneigenthum.“ Der Ausdruck „unzertheilt“ ist treffender als der andere gewöhnliche „ungetheilt“, da ja das Sacheigenthum in der Theilung des Rechtsinhalts erlöscht. — Die Familie ist in der Regel nicht einer juristischen Person gleich zu achten. Das Lehenswesen hat nur noch eine trümmerhafte Existenz. Die Ablösung des Obereigenthums überhaupt ist in Preußen durch Gesetz vom 2. März 1850 geschehen. [1]) Die Emanzipation des Grundeigenthums durch dessen

1) Bair. Gesetz 13. Juni 1848; dazu Pözl in Dollmann's Gesetzg. des K.-R.'s Bayern, I, 1 S. 155 ff. (1855). Die Ablösbarkeit gegen Entschädigung, durch einseitigen Willen des Belasteten, wird Regel. „Für das bloße O.-E., mit dem das Recht, eine Besitzänderungsabgabe zu erheben, nicht verbunden ist, wird keine Entschädigung geleistet. Wo daher nur ein solches bis jetzt bestand, da erlischt der Grundverband mit dem Tage der Publikation des Gesetzes“: Pözl a. a. O. S. 208 f.; in Auslegung von Art. 15. Andrenfalls konsolidirt sich nach Art. 16 mit der nach Maßgabe des Gesetzes erfolgten Fixirung der Besitzänderungsabgaben das Eigenthum in der Person des Grundholden. Nach Art. 17 darf in Zukunft keine Verleihung unter Vorbehalt des Obereigenthums mehr stattfinden. Vgl. d. preuß. Ges. §. 91. Dieß paßt auch auf offerirte Güter, denn als juristische Form hierfür gilt stets Uebertragung des vollen, Rückempfang des nutzbaren Eigenthums. — Ueber Lehengüter aber ist für Bayern maßgebend das besondre Gesetz vom 4. Juni 1848 (Pözl a. a. O. S. 335—373): Ablösbarkeit des Lehenverbandes durch Erlegung einer Entschädigung, welche gesetzlich normirt ist (Ausnahmen in Art. 2), aber wegfällt (Art. 3) bei oblata und emtitia feuda. — Für Baden vgl. das fünfte Constitutionsedikt (1807), enthalten in der „vollständigen Sammlung aller badischen Gesetze“ (Karlsruhe 1826. 1. Theil. S. 603 ff.), wo es unter 1) heißt: „Obwohl die Verfassung längst untergegangen ist, aus welcher die Lehenverträge ihren Ursprung nahmen . . .; so hat doch die Lehensverbindung in den dadurch begründeten Eigenthumsverhältnissen . . . einen noch bleibenden Grund der Fortdauer“; unter 2): „Das Wesen des Lehensverbandes, wie er fortbestehen bleibt, ruhet darin, daß in Bezug auf ein gewisses Gut oder Recht der Untereigenthümer . . . nach vorgeschriebenen Formen anerkenne, ein Anderer (nämlich der Obereigenthümer . . .) sei derjenige, von welchem sein Eigenthumsgenuß herrühre und an den er nach Endigung des Untereigenthums zurückkehre.“ Ebendaselbst ist auch vom "Genußrechte" des Vasallen die Rede. Das L.-R. schiebt ein besonderes Capitel „vom Grund- und Nutz-Eigenthum“ ein (L.-R.'satz 577 aa—ar); ferner einen besondren Titel „von Erbdienstbarkeiten“ (L.-R.'satz 710 a—ka). Beides ist aufgehoben durch Gesetz vom 10. April 1848; die hier vorbehaltene Entschädigungsbestimmung erfolgte durch Gesetz vom 13. Febr. mit Vollzugsverordnung

Zurückführung in das einfache Eigenthumsverhältniß ist nicht aus romanisirender Tendenz, sondern aus dem für Regierende und Regierte gleichverständigen Streben nach Herstellung eines auch materiell freien, steuerkräftigen Bauerstandes hervorgegangen.[1]) Dagegen kann die Reichsgesetzgebung so wenig angeführt werden wie die ebenfalls relativ älteren Partikulargesetzbücher. Es ist aber noch nicht einmal unzweifelhaft, ob die gemeinrechtliche Praxis das getheilte Eigenthum zu einem selbständigen Rechtsinstitut ausgebildet hat.

Wer wie Beseler II, S. 41, den Begriff des Rechtseigenthums für das heutige gemeine Recht verwirft, worin wir ihm beistimmen, der scheint in fortdauernder Anerkennung des getheilten Sacheigenthums zu übersehen, daß, soweit Theilung statthat, der Eine wie der Andre nur Rechtseigenthümer sein kann; soweit sie aber gemeinschaftlich handeln müssen, d. h. zu Vertretung des Sacheigenthums, der Begriff des getheilten Eigenthums außer Frage bleibt. In letzterer Hinsicht wird man daher vielleicht richtiger von einem gemeinschaftlichen Sacheigenthum reden, mit dinglich wirksamer Vertheilung der wichtigsten aus solchem Eigenthum fließenden Befugnisse, welche dadurch als Realrechte erscheinen. Vgl. auch bair. L.-R. II, Kap. 2, §. 2, ausgeführt in IV Kap. 7, wo in §. 1 ganz dem Gesagten gemäß im Untereigenthum außer dem nutzbaren Eigenthum selbst eine Grundgerechtigkeit („jus reale s. dominium utile") gefunden wird. So sind auch die dem Obereigenthümer zu leistenden Dienste und Abgaben Reallasten.

Unsere Gesammtanschauung über das getheilte Eigenthum geht dahin, daß dasselbe, im ursprünglichen deutschen Recht keineswegs

vom 12. Juli 1851, ferner durch Gesetz vom 26. März 1852 (vgl. die Verordnung vom 31. Dez. 1852, das provisorische Vollzugsgesetz vom 23. März 1853 und die hierzu im Reg.-Blatt verkündigten Ministerialerlasse). — Die österreichischen und württembergischen Gesetze s. bei Pözl a. a. O. S. 179.

1) Es war der auf dem Grundeigenthum lastende feudale Druck eine der wesentlichsten Ursachen der ersten französischen Revolution. Das Zwischenrecht ermangelte nicht, ihn zu beseitigen. Der code Nap. erwähnt eines getheilten Eigenthums nirgends, und wenn dasselbe von den französischen Rechtsgelehrten wieder aufgestellt wird, so verliert dieß alle Gefahr durch die gesetzlich nothwendige Ablöslichkeit aller ewigen Grundrenten: code Nap. art. 530. Vgl. Zachariä Bd. I §. 198.

belegen, die mittlere Epoche eines großartigen Kampfes charakterisirt, welcher zwischen feudaler und moderner staatlicher Ordnung, zwischen Hofrecht und Volksrecht geführt wurde. Daß in diesem Kampfe die eine Parthei sich auf mißverstandenes römisches Recht berief, daß Reichsgesetze und neuere Landrechte gerade diese irrige Terminologie auf das Verhältniß anwendeten, berechtigt uns nicht,[1]) die Thatsache selbst für einen Irrthum auszugeben, daß ein doppeltes Eigenthum damals anerkannt war. Gab es doch auch in Rom eine Zeit, in welcher die Klagbehauptung „aio hanc rem meam esse“ über eine Sache Zweien zustehen konnte! Die historische Rechtsentwicklung geschieht nicht immer nach den einfachen Gesetzen der Logik,[2]) doch kehrt sie in abgeklärten Zuständen zu derselben zurück. Zu dieser Abklärung mitzuwirken, ist die schönste Aufgabe der Rechtswissenschaft.

§. 5. In den Fällen der exceptio rei venditae et traditae liegt eine materielle Entkräftung des theoretisch verbleibenden Eigenthums vor. Vgl. besonders l. 1, 5 h. t. 21, 3. Hier haben wir es mit einem Konflikt verschiedener Theile — des Eigenthums- und des Obligationen-Rechts — ein und desselben objektiven Rechts zu thun. Formell indessen stellt noch Justinians Zeitalter den jüngeren Theil — d. i. das Obl.-R. — nicht als den siegenden dar. — Ob eine freiwillige „Cession“ (im vollen Sinne, mit Denunziation an Dritte, in der gewöhnlichen Wirkung) der Eigenthumsklage möglich sei, die hieraus entspringenden obligatorischen Folgen sowie die Eventualität folgewesen späteren Eigenthumsübergangs werde wie die obige verwandte Frage der Darstellung der rei vindicatio vorbehalten. Vgl. Alciat. in l. si quis §. differentia s. v. dominium Dig. a. p. 41, 2 (comm. III. Lugd. 1560. S. 49, 1). Jhering in Jahrbb. f. Dogmatik I (1856) S. 101—188.

1) Mit Duncker in der Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. II (1839) S. 177—212, und Gerber System (2. Aufl. 1850) §. 77.

2) Nur nothdürftig wurden dieselben römischer Seits gewahrt durch den Beisatz in jener Formel „ex jure Quiritium“, oder durch dessen Mangel. Denn, trat der Conflikt ein, so war dieß das alte vollkräftige jus Quiritium nicht mehr.

§. III. Miteigenthum.

§. 1. Mehrere Personen können gemeinsam ein und dasselbe Eigenthum haben (condominium als species communionis). Dadurch ergeben sich nothwendig Bruchtheile des Eigenthums, der Sache selbst.

Vgl. §. 3 J. eo. quasi ex contr. 3, 27. vv. „pariter (Adverb zu par; cf. pars) iis legata donatave (res)." Die verschiedene Größe der Bruchtheile ändert die intensive Gleichheit der rechtlichen Stellung der Miteigenthümer, so lange das Miteigenthum dauert und bezüglich der Gesellschaftlichkeit selbst, durchaus nicht.[1] So konnte, ohne jener Größe zu gedenken, Gaius l. 13. jud. 5, 1 sagen; darum gehe es in den Theilungsklagen eigentlich keinen Kläger, „quia par causa omnium videtur". Wenn er aber beifügt, „eum videri actorem", wer zuerst die Klage erhoben („ad judicium provocasset"): so geht dieß „videri" nur auf die prozessualische Gestaltung, ist ohne allen civilrechtlichen Einfluß. Darum kann auch (Ulp. l. 14 ibid.) unter gleichzeitig Klagenden das Loos entscheiden, ohne daß man darin um Rechte spielte.

§. 2. Solche Bruchtheile werden gleichwohl nicht gedacht[2] bei den deutschrechtlichen Formen des Gesammteigenthums, indem die Selbständigkeit von Bruchtheilseigenthum gegen den Geist der unter den Miteigenthümern, in der Regel als Quelle ihres Miteigenthums bestehenden Genossenschaft sein würde. So soll kein in Gütergemeinschaft lebender Ehegatte[3] seinen „Antheil"

1) Annähernd gehört hierher auch Paul. l. 5, 1 d. inf. 39, 2: Si plures sint domini, qui cavere debent, et alicui non caveat: in portionem ejus mittetur. Et contra si . . . unius domus plures (qui caveri sibi desiderant) habeant disparis partes, tamen non magnitudine dominii quisque, sed aequaliter mittentur omnes in possessionem. Ulp. l. 15, 18. Paul. l. 27 ibid.

2) Auf dieses Maß muß der Ausspruch des Justus Veracius bei Hasse ehel. Gütergem. (1808) §. 10 Not. 1 zurückgeführt werden.

3) Wenn Hasse G.-G. §. 22 Not. 1 a. E. folgenden Spruch eines Stadtrechtes nicht deutlich findet, so setze ich ihn grade deßhalb hierher, weil sich meiner Ueberzeugung nach die eheliche Gütergemeinschaft bei aller Naivetät nicht treffender bezeichnen läßt: „Sobald sie beide ehelich beigelegen

zu veräußern, über denſelben abgeſondert zu verfügen vermögen. Um ſo nöthiger iſt dann Klarheit im Rechtsgeſetz über die Vertheilung der Geſammteigenthums-Nutzungsbefugniſſe. Trennung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten läßt jenes Verhältniß in das freiere der römiſchen communio ſich umwandeln; irrig ſcheint mir die Annahme einer Conſolidation (Beſeler, deutſch. Priv.-R. II. §. 140 Nro. VI.). Vgl. Haſſe G. G. §. 20 Not. f, der aber in §. 31 die Conſolidation fälſchlich dadurch widerlegt, daß er eine myſtiſche Perſon als Eigenthümer des ehelichen Geſammtgutes aufſtellt. — In der Mitte zwiſchen römiſchem Eigenthum juriſtiſcher Perſon und Miteigenthum ſteht eine andere Form, das Gemeindeeigenthum der aus den Theilberechtigten gebildeten Corporation; in der That ſind hier jene beiden römiſchen einander zuwiderlaufenden Begriffe verſchmolzen, die Vertreter der Gemeinde Selbſtberechtigte, weßhalb z. B. Aufhebung Stimmeneinheit erfordert; doch wird in den neuen Geſetzbüchern durch zweckmäßige Modifikationen das Verhältniß dem der reinen juriſtiſchen Perſon genähert. Aehnlich verhält es ſich mit der Genoſſenſchaft einer Familie des hohen Adels (im Geſammteigenthum (Stammgut) nicht zu verwechſeln mit Familienfideikommiß) dargeſtellt, um durch einheitliche Macht den Glanz der Familie zu erhalten. Endlich die Mitbelehnung zu geſammter Hand ſollte hauptſächlich nur das Erbrecht ſichern. Im franzöſiſchen Recht (Zachariä §. 197) beruht das geſammte Erbrecht auf einem, ſonſt in dieſer Geſetzgebung nirgends angewandten Begriffe eines Geſammteigenthums der Familie.

Das römiſche Miteigenthum iſt dem deutſchen Recht ebenſo bekannt und adäquat, als das deutſche Geſammteigenthum dem römiſchen Recht unbekannt und der ſcharfen Logik des letzteren zuwider iſt. Der letztgenannte Umſtand ſcheint nicht wenig dazu beigetragen zu haben, daß ein namhafter Theil der Germaniſten (vgl.

ſind, ſoll der Mann des Weibes Guts ein Herr, und wiederum das Weib des Mannes Guts eine Frau ſein." Das Verſtändniß der ehelichen Gütergemeinſchaft folgt aus dem Verſtändniß der Ehe; hier herrſcht die gleiche ideelle Untheilbarkeit, aber auch die gleiche natürliche Verſchiedenheit der Rollen, welche in normalen Verhältniſſen jede Collision ausſchließt.

z. B. Gerber II. Aufl. §. 77) den Begriff Gesammteigenthum überhaupt verwirft, worüber wir nicht streiten mögen. Die genannten deutschrechtlichen Verhältnisse lassen sich jedenfalls nicht vom römischen Standpunkte aus erledigen; am wenigsten die eheliche Gütergemeinschaft, welche zu den herrschenden vermögensrechtlichen Begriffen eine eben solche eigenthümliche Stellung und aus ähnlichen Gründen einnimmt, wie in Rom das über Dotalsachen bestehende Rechtsverhältniß. Die rechte Erklärung dieser Mannigfaltigkeit rechtlicher Gestaltungen kann nur im Familienrecht gegeben werden.

§. 3. Die gedachten Sachtheile, partes pro indiviso, incertae in diesem Sinne (Pomp. l. 25 q. m. usfr. am. 7, 4. Pap. l. 66, 1. 2. leg. II.), bedeuten lediglich die Mehrheit der Rechtssubjekte in deren Consequenz für das Rechtsobjekt. Nicht sind sie unmittelbar als objektive Theile gedacht (Ulp. l. 5 stip. serv. 45, 3), und werden daher auch nicht undenkbar durch physische Untheilbarkeit der Sache: §. 5 I. off. jud. 4, 17. Pomp. l. 26, 2 leg. I, und vorzüglich Paul. l. 35, 3 r. v. 6, 1, sondern auch in solchen Fällen gilt jeder Bruchtheil juristisch als besondere Sache, im Alleineigenthum stehend: Jul. l. 1, 4 stip. serv. 45, 3: Communis servus duorum servorum personam sustinet. (Schließt er eine Obligation, so ist es gerade, wie wenn zwei Sklaven, jeder dem einen resp. andern Herrn allein zugehörig, jeder diese Obligation je auf den entsprechenden Theil der Summe abgeschlossen hätten.) Bei dem Erwerbe durch die Sache zeigt sich aber die Ungetheiltheit wieder, soweit dazu dem einen Herrn die Fähigkeit mangelt. (Ist im obigen Falle der eine Herr erwerbs- resp. verpflichtungsunfähig, so hat Anwachsung Statt).

§. 4. Das Bruchtheileigenthum findet über jeden kleinsten körperlichen Sachtheil Statt. Pomp. bei Paul. l. 8 r. v. 6, 1.

§. 5. Der Begriff des Miteigenthums schließt ein, daß nach Außen hin nur die Einhelligkeit des Willens und Handelns aller Miteigenthümer die Sache selbst berechtigen oder verpflichten, deren juristischen Zustand ändern kann.

Ulp. l. 10 pr. aq. arc. 39, 3: Si plures sint eiusdem loci domini: (zu Bestellung eines Wasserrechts) omnium voluntatem

esse sequendam. — Call. l. 41 rel. 11, 7: Si plures sint domini eius loci, ubi mortuus inferatur: omnes consentire debent, quum extranei inferantur. — Vgl. auch Paul. l. 4, 7 fin. reg. 10, 1: Haben wir Beide ein gemeinsames Gut, mir allein gehört das angränzende: so können wir nicht finium regundorum gerichtlich streiten, denn „unius loco habemur."

§. 6. Nach Innen durchgeführt, bedeutet dieser Satz das Verbietungsrecht [1]) jedes Miteigenthümers gegenüber den selbst von allen übrigen beliebten Dispositionen über die Sache.

Pap. l. 28 comm. div. 10, 3. Seuffert Arch. VII (1854) Nro. 285. Darum kann jeder Miteigenthümer entgegen allen übrigen die Realtheilung [2]) oder deren Surrogate erzwingen: Paul. l. 8 pr. comm. div. 10, 3, damit nicht die Person Knecht ihres Vermögens, in ein gesellschaftliches Verhältniß moralisch gezwängt werde: Rescr. Discl. et Max. c. 5 ibid. 3, 37, wenn sie nicht, falls auch Niemand den Bruchtheil preiswürdig an sich bringen will, Schaden leiden oder gar derelinquiren soll; — da doch sogar Gesellschaftsvertrag nicht unkündbar einzugehen ist und hier man sich die Freunde auswählt, dort nicht immer. [3])

---

1) Hat aber ein Miteigenthümer etwa in Abwesenheit des Genossen eine diesem unschädliche faktische Veränderung auf der Sache vorgenommen, welche dem Handelnden selbst nützlich ist, so fehlt der Klage auf Demolirung die Möglichkeit der Werthschätzung; sie wird durch exceptio des mangelnden Interesses elidirt. Daß dem Kläger alles Interesse mangele, hat der Beklagte darzuthun, weil die Klage nicht unmittelbar auf die Entschädigung gerichtet ist, also wahre exceptio (doli) vorliegt. Leyser spec. 118 med. 5.

2) Fordert auch nur ein Miteigenthümer hierzu die Form der Subhastation, so müssen die Uebrigen auch hierin nachgeben, trotzdem sie sich einmüthig über den Preis, zu welchem losgeschlagen werden solle, geeinigt haben. Dieser Preis gilt dann als Minimum. Einigen sie sich auch nicht über den Preis, so bleibt die Anrufung der richterlichen Vermittelung übrig. Vgl. Leyser spec. 344 med. 9.

3) Ob ich durch Rechtsgeschäft unter Lebenden einen Bruchtheil erwerben mag, wird häufig von meinen Ansichten über die Individualitäten der Miteigenthümer abhängen. Anders, wenn ich durch Erbgang dahinein eintrete; während Gesellschaftsvertrag nach römischen Grundsätzen unvererblich ist.

So gilt denn der den Theilungsanspruch ausschließende Vertrag nur unter den zusammentreffenden Voraussetzungen, daß er auf Zeit, und zu Nutz der Sache, also nicht zu Beschränkung der Dispositionsfreiheit der Person über ihr Vermögen geschlossen ist: Paul. l. 14, 2 ibid. 10, 3.

§. 7. Wie bei der Realtheilung, so ist auch bei Theilung des Ertrages, Tragung der Kosten, das Größenverhältniß der Bruchtheile maßgebend: Diocl. et Max. c. 3. comm. div. 10, 52. Jeder Bruchtheil unterliegt der ausschließlichen Disposition seines Eigenthümers; dieser kann ihn frei veräußern: Gai. l. 68 pr. pro soc. 17, 2. cf. Paul. l. 4, 7 i. f. fin. reg. 10, 1, verpfänden: Ulp. l. 6, 8. comm. div. 10, 3. cf. Pap. l. 3, 2 qui pot. in pign. 20, 4. u. dgl. Nun kann der Miteigenthümer die Sache auch nicht zu seinem Eigenthumsantheil mit Realservituten belasten, da diese in juristischer Untheilbarkeit über die Sache selbst bestehen.

§. 8. Zuwiesem Miteigenthum einen Quasi-Kontrakt, nach Analogie des Gesellschaftsvertrags, begründe, ist bei den Forderungsrechten darzustellen. Vgl. übrigens Ulp. l. 31—33 pro soc. 17, 2. Paul. l. 25, 16 fam. herc. 10, 2. Just. c. 1, 16 comm. serv. manum. 7, 7. Ulp. l. 23 m. j. 50, 17. Gai. l. 2 pr. comm. div. 10, 3. Für die pro socio tritt die comm. div. actio ein: §. 3 J. quasi ex contr. 3, 27. Gai. l. 11 comm. div. 10, 3. Die Haft für diligentia quam in suis fließt aus der Natur des Bruchtheileigenthums, welches über die ganze Räumlichkeit und Körperlichkeit der Sache erstreckt, Handlungen des Mitrigenthümers dem Gesichtspunkt der (alienorum) negotiorum gestio zu unterwerfen verbietet. Paul. l. 25, 16 fam. herc. 10, 2.

§. 9. Miteigenthum entsteht:

a) ursprünglich: aus dem Verhältnisse von Miterben, Mitbedachten, auf die gleiche Sache; aus gleichzeitigem Sacherwerb seitens Mehrerer unter Lebenden. —

Bei der societas omnium bonorum ist es nicht der Vertrag als solcher, sondern das mit darin liegende constitutum possessorium, welches Miteigenthum erzeugt: von Savigny, Recht des Besitzes §. 27; Paul. l. 1, 1 pro soc. 17, 2: In societate omnium bonorum omnes res, quae cosuntium sunt, continuo com-

municantur, Gai. l. 2 ibid.: quia, licet specialiter (d. h. für jede Einzelsache) traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. — Unbegreiflich ist mir, wie Puchta kl. zw. Schriften XXVI, 13 S. 439 hier Nichts davon findet, daß die socii außer dem Miteigenthum auch den Besitz erwerben. Ist doch der Besitzerwerb die regelmäßige Form zum Eigenthumserwerb; wird derselbe doch oben als erfolgt juristisch behandelt (traditio tacita creditur intervenire). Auch Böcking, Pand. §. 142 Not. 23, vgl. §. 124 Not. 46 a. E., redet hier von Eigenthumserwerb zufolge Vertrags, ohne Besitzänderung. Solcher „dingliche" Vertrag wäre absonderlich genug, um eine besondere Rechtfertigung zu verdienen. Dagegen der Annahme des constituti possessorii steht Nichts im Wege; man muß dasselbe als ein gegenseitiges, pro indiviso partielles denken. So folgt es aus dem gegenseitigen Mandat, aus welchem auch sich erklärt, daß der zukünftige Erwerb seitens eines solchen Gesellschafters ganz so gemeinsam wird, wie der Stellvertreter bei Besitzempfang überhaupt sofort dem Prinzipal den Besitz erwirbt: arg. Diocl. et Max. c. 4 comm. utr. jud. 3, 38. —

b) Da jeder Miteigenthümer seinen Antheil, auch an Nichtgenossen (extranei: c. 3 comm. rer. al 4, 52) veräußern kann: so spinnt sich Miteigenthum, einmal entstanden, möglicherweise unter immer neuen Personen weiter. —

c) durch Ersitzung eines Eigenthumsbruchtheils: Marcian. l. 43 pr. a. p. 41, 2.

§. 10. Der alleinige Eigenthümer einer körperlichen Sache kann einen ideellen Theil nicht derelinquiren, denn ein solcher besteht nur durch das Zusammentreffen mehrerer Sacheigenthümer.

Mod. l. 3 pro derelicto 41, 7. Cf. Ulp. 1, 18. Paul. r. s. IV, 12 §. 1. Dosith. de manum. §. 10. c. 1 pr. comm. serv. manum. 7, 7. (Just.) §. 4 I. don. 2, 7. — Dereliktion seitens eines Miteigenthümers ist, was diesen anlangt, möglich, schafft indeß selbstverständlich keine herrenlose Sache, wirkt folglich Anwachsung zu Gunsten der verbleibenden Miteigenthümer. [1])

1) Vgl. auch Folgendes, obwohl von Dereliktion darin nicht die Rede ist: vermache ich an „A und B" den Nießbrauch einer bestimmten Sache,

Und eben daraus ergiebt sich abermals für den alleinigen Eigenthümer die Unmöglichkeit der Dereliktion eines Bruchtheils, denn ihm selbst müßte er sofort wieder zuwachsen.

§. 11. Soweit über die Theorie des Miteigenthums. Betrachten wir die Besonderheiten, so sind deren im Wesentlichen zwei, beide, ihren Gründen nach, im öffentlichen Recht wurzelnd, so daß die Frage nach ihrer heutigen Anwendbarkeit besonders erwogen sein will:

I. Jeder Miteigenthümer wird in dem gemeinschaftlichen Grundstücke mit Fug und Recht begraben und haben die übrigen dazu nicht erst einzuwilligen; zumal wenn eine andere Stätte nicht vorhanden ist, in welcher man ihn mit geringerer Beeinträchtigung Dritter begraben könnte: Callistr. l. 41 rel. 11, 7. Handelt es sich dagegen um Einbringung von Nichteigenthümern, so bleibt es bei der Regel, daß dazu alle Miteigenthümer einwilligen müssen. Dennoch können sie die Einbringung durch den Miteigenthümer darum nicht hindern, sondern der Letztere hat als „Eigenthümer" das interdictum de mortuo inferendo. Nun muß er sie persönlich schadlos halten: Ulp. l. 2, 1 ibid. l. 6, 6 comm. div. 10, 3. Jene Singularität beruhte theils in dem öffentlichen Interesse, daß die Leichen nicht unbeerdigt liegen sollten, theils auf dem strengen Grunde, daß in bestrittenen religiösen Fragen im Zweifel die Religiosität anzunehmen sei, insbesondere die einseitige Entscheidung vom Standpunkte des weltlichen Rechts aus nicht zugelassen werden dürfe: Pap. l. 43 rel. 11, 7. Schon in §. 9 I. r. d. 2, 1 fehlt die Erinnerung an diesen aus der heidnischen Staatsreligion hergenommenen Grund. Denn wenn es hier heißt: „In communem autem locum purum invito socio inferre non licet": so bedeutet dieß im ganzen Zusammenhange des §. zugleich, daß Zuwiderhandlung den Ort nicht religiös mache. Papinian's Nützlichkeitsgrund endlich fällt durch die h. z. T. allgemeine Einrichtung der Kirchhöfe hinweg.

---

dann an C desselben Nießbrauchs: so sind A und B socii mit Akkreszenzrecht unter einander vor dem C'schen Akkreszenzrecht. Gerade so ist es nun nach Ulpian l. 1, 2 usufr. accresc. 7, 2, wenn statt „A und B" deren gemeinsamer Sklave Titius genannt ist.

II. Verwendet einer oder ein Theil der Miteigenthümer Unkosten auf die Instandhaltung oder Wiederherstellung des gemeinsamen Gebäudes, wozu die aufgeforderten Uebrigen das Ihrige beizutragen versäumten: so müssen diese binnen 4 Monaten seit beendigter Arbeit die auf sie fallenden Antheile von Kapital nebst 12% Zinsen (Philipp. c. 4 aedif. priv. 8, 10) ersetzen; diese Forderung ist durch privilegium exigendi (vgl. Ulp. l. 24, 1 r. auct. jud. 42, 5) gesichert. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist haben die obigen Verwendenden die Wahl zwischen der persönlichen Klage auf das Interesse — seitdem ohne weitere 12%, da vielmehr jetzt das unten folgende Recht ihnen elektiv zusteht als gesteigerte Befugniß im Verhältniß zu jenen Zinsen — und der ordentlichen Vindikation des ganzen Gebäudes:[1] oratio D. Marci bei Ulp. l. 52, 10 pro soc. 17, 2. Zahlt ein Theil der Nichtverwendenden binnen der Frist: so rettet dieser sich seine Bruchtheile, offenbar ohne an obigem Anwachsungsrechte theilzuhaben. Zahlt er für alle übrigen mit, so sind diese nach bekannten Grundsätzen gegenüber den Verwendenden sofort schuldfrei, und da diese ihren Ersatz haben, so wird wol selbst eine vorgängige Zession nicht zu bewirken vermögen, daß die übrigen noch in die Strafe des Eigenthumsverlustes fallen können. — Diese ganze Besonderheit hat den Grund „ne irrs ruinis deformetur", der also noch h. z. T. brauchbar sich darstelle. So findet sie sich z. B. nach Gesterding Eigenth. S. 47, Note 25 im lübischen Statut wiederholt und auf gemeinsame Mauern angewendet; jedoch mit Frist von Jahr und Tag, als der eigentlich deutschen, im lübischen Statut beibehaltenen Verjährungszeit.

§. IV. Sachtheilbarkeit.

Vgl. von Wächter im Arch. XXVII Nr. 7 (1844).

§. 1. Im natürlichen Sinne sind alle Mobilien theilbar.

---

1) Ein vom diesem wesentlich verschiedener Gesichtspunkt ist der der Dereliktion; auch sie kann der Weigerung des Unkostenersatzes zu Grunde liegen; daß dann sofortiger Eigenthumsverlust eintritt, ist klar. Vgl. Leyser spec. 456 med. 10.

Das Resultat solcher objektiven Theilung ist aber, daß keine „Theile", sondern mehrere vollkommen selbständige individuelle Sachen vorhanden sind. Theile ich eine Goldbarre und gebe das eine Stück meinem Gläubiger in's Faustpfand, so liegen durch die Theilung nun auch für mein Eigenthum zwei Sachen statt einer vor.

§. 2. Von Rechtswegen dagegen sind Mobilien untheilbar, sofern sie eine organische Einheit ausmachen.

Einmüthige außergerichtliche Theilung ist auch hierdurch nicht ausgeschlossen, da im Eigenthum die Zerstörungsbefugniß liegt.

Organische Einheit wird als vorhanden gedacht auch

1) bei allen Begriffsganzen in körperlicher Einheit. Begriffszerstörung ist ideelle Vernichtung der Sache. —

2) falls durch die Theilung Werth verloren ginge (Untheilbarkeit im ökonomischen Sinne). So durch Theilung eines Diamanten, während z. B. die Theilung einer Perle schon unter Nr. 1 fallen würde. — Durch diese künstliche Erweiterungen des Begriffs organischer Einheit wird das Kunstwerk, das Handwerksmeisterstück, wie alle auf Mobilien nützlich verwendete Arbeit, als der Sache selbst wesentlich geworden aufgefaßt. Vgl. auch von Savigny Obl.-R. I, §. 29. Paul. l. 23, 5 l. 72 r. v. 6, 1. — Werden Mobilien in eine organische Einheit gestaltet, so sind jene als Eigenthumsobjekte untergegangen, in dieser Einheit dagegen ist ein neues Eigenthumsobjekt erwachsen. Anders ist es nach beiden Seiten, falls statt organischer Einheit eine bloß mechanische Zusammensetzung sich ergab.

§. 3. Quantitäten (d. h. Summen einander gleichwerther individueller Sachen derselben Gattung) bieten dem Richter keine Theilungsaufgabe dar.

Setzt man A und B je zu ½ als Erben des C, dessen ganzer Nachlaß aus 100 baaren Guldenstücken besteht, so ist die Idee höchst überflüssig, A und B seien über jedes einzelne Guldenstück Miteigenthümer zu je ½. Ohne alle Vermittlung kann A, kann B befugter Weise je 50 von den 100 ausgeben. Oder: der Theilerbe eines Buchhändlers verkauft auf eigenen Namen und für eigene Rechnung den entsprechenden Theil der auf dem Lager befindlichen

Exemplare eines Werks, so steht seinem Miterben gewöß keine Vindikation von partes pro indiviso zu. Vgl. Jul. l. 54 pr. v. o. 45, 1. Ulp. l. 29 sol. 46, 3. Pap. l. 84, 1 ibid. l. 117 v. o. 45, 1. Anders wäre es schon bei Kupferstichen u. dgl., weil hier die äußere Schönheit und Klarheit des Stichs einen merklichen Werthunterschied der individuellen Sachen unter einander erzeugt, sie in ihrer Summe also keine reinen Quantitäten mehr sind.

§. 4. Kompleze von Mobilien sind individualisirbar durch Zusammenfassung in Rollen, Säcken u. dgl., mit Aufschrift und Siegel. Vgl. z. B. Ulp. l. 1, 36 dep. 16, 3. Nur ist dadurch keine organische Einheit erzeugt. Die richterliche Theilung, selbst wenn reine Quantitäten so zusammengefaßt sind, zu beantragen, statt sich selbst seinen Theil zu nehmen, empfiehlt sich dem Theileigenthümer lediglich wegen der persönlichen Gefahren, denen er sich sonst aussetzen würde. Denn die eigenmächtige Lösung des fremden Siegels wird, wenn sie nicht durch besondere Umstände geboten oder erlaubt ist, oder, z. B. durch Zuziehung achtungswerther Personen, alle Maßregeln zu Beseitigung jeden Verdachts getroffen waren, als der Anfang einer rechtswidrigen Verletzung fremden Eigenthums jedem Verständigen erscheinen. Und auch wo die Lösung selbst unverdächtig erschien, wird durch jede spätere eigenmächtige Disposition des Lösenden über das ganz oder zum Bruchtheil fremde Eigenthum im Zweifel — denn er thut z. B. auch den animus negotia aliena gerendi haben — eine strafbare Rechtsverletzung begangen. Daher hält er verdachtfrei sich nur dadurch, daß er unter denselben Vorsichtsmaßregeln das fremde Gut wieder zusammenfassend auf's Neue verschließt und in unparteiischen zuverlässigen, also wo möglich gerichtlichen Gewahrsam giebt. — Daß für den Theilungsrichter diese Punkte ebensoviele Ordnungsvorschriften sind, leuchtet ein.

§. 5. Flüssige Körper, welche wol alle eine gewisse Anziehungskraft verschiedenen Grades haben, aber durchaus keine organische Einheit bilden, sind eben darum für die Rechtsbetrachtung „Sachen“ nur durch Zusammenfassung in festen Körpern, wie Flaschen, Fässern u. dgl. Dennoch liegt in solchem Zusammenfassen kein Untergang des Bisherigen, keine Erschaffung von Neuem. Der Wein, welchen Titius diebischerweise oder anderswie aus den Fässern des

Mävius auf seine eigenen Flaschen füllt, gehört nach wie vor dem Mävius. Umgekehrt hat der Miteigenthümer eines Fasses Wein gewiß nicht die Befugniß, ohne Einwilligung des anderen seinen „Theil" für sich abzufüllen, trotz des Quantitätencharakters des Weines: insofern ja die Qualität in dem größern Faß mit der Zeit sich besser zur Vorzüglichkeit steigert, die Realtheilung also einen Werthverlust bedingt.

§. 6. Immobilien sind physisch untheilbar.

Die Errichtung der Zwischenmauer u. dgl. theilt den Körper des Grundstücks durchaus nicht. Grundstücke gibt es nur ideeller Weise; die ganze Erde hat eine naturnothwendige Kontinuität, ist ein durch Menschenmacht untheilbarer Körper.

§. 7. Für die Rechtsbetrachtung dagegen ist ein Grundstück eine wenigstens auf Zeit selbständige Sache, und regelmäßig selbst theilbar.

§. 5. J. off. jud. 4, 17: Si communi dividundo actum fuerit de fundo, si quidem iste fundus commode (etwa: ohne Werthverlust) regionibus divisionem recipiat, partes eius singulis adjudicare (judex) debet. Quodsi commode dividi non possit, tunc totus uni adjudicandus est (, der dann den übrigen auf partiellen Geldwerthersatz verurtheilt wird).

§. 8. Nur zusammengesetzte Grundstücke können wegen der natürlichen Kontinuität der Erdoberfläche nicht gedacht werden.

Also läßt auch die Theilung sich als intensiv unvollkommene bewerkstelligen. A trennt sein Grundstück in zwei, um das eine der neuentstandenen dem B zur Hypothek zu geben: so sind, soweit das Pfandrecht in Betracht kommt, zwei, für Eigenthum dagegen ist nach wie vor nur ein Grundstück vorhanden. Vgl. Böcking Pand. II. Aufl. §. 75 Not. 7. Durch solches Beispiel rechtfertigt sich der Ausdruck „pars pro diviso". Vgl. Paul. l. 25, 1 v. s. 50, 16. So kommt denn sogar „communio pro diviso" vor, jedoch stets im Gegensatz zu comm. pro indiv., wodurch jener nicht streng richtige Ausdruck wenigstens bezeichnend wird. Vgl. Paul. l. 29 a. r. d. 41, 1. Ulp. l. 5, 16 r. eor. qui sub tut. 27, 9, aber auch den stets scharfen Papinian in l. 66, 2 i. f. leg. II: Plu-

res in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis optinent.

§. 9. Von Savigny Obl.-R. I §. 29 (vgl. Ulp. l. 6, 1 comm. praed. 8, 4) erklärt den Boden, auf welchem ein Gebäude ruht, für insoweit untheilbar. Ulpian gab für folgenden Fall die Möglichkeit der Theilung zu, ohne sie übrigens ausdrücklich auf denselben zu beschränken: falls der Eigenthümer mittelst einer Durchschnittswand aus dem einen Hause zwei mache. Aber es ist nicht abzusehen, warum nicht ein Kreidestrich die gleichen Dienste thun soll. Man denke sich, A besitzt die an einander stoßenden Grundstücke des B und des C wie ein einziges, und errichtet auf deren Gränze ein Haus. Warum soll dieß nicht so gut wie die arbor in confinio nata bei Paulus l. 19 pr. comm. div. 10, 3 pro diviso in des B und des C Eigenthum stehen? Die unitas ist doch dem Baume stets, dem Gebäude höchstens eigen. In l. 15, 13 d. inf. 39, 2 Ulpian's ist die unitas in den contextus aedificiorum gesetzt, und dieß, ohne Bezugnahme auf Zwischenmauern, so verstanden: Alles was mit und durch einander steht und fällt. Ein Haus kann mehrere solcher unitates haben: nämlich dieß sei der Fall, si spatia inter partes intercedant. Nicht jede Zwischenwand halte ich für ein spatium, obwohl paries (von pars) wol eigentlich das reell Theilende bedeutet; denn wie wenn sie lediglich die Familienwohnungen, die Zimmer, ein und desselben Hauses scheidet? wie, wenn trotz der Zwischenwand z. B. Baufälligkeit des diesseits Gelegnen auch das jenseits Gelegne afficiren muß? so ist die unitas zwischen Beidem noch vorhanden, diese päries kein spatium im obigen juristischen Sinne.

Steht eine Scheidemauer [1]) zwischen zwei Grundstücken verschiedener Eigenthümer, so darf der Eine die ihm gehörige, weil

1) Proculus l. 13, 1 s. p. u. 8, 2. Hier ist paries pro diviso communis gemeint; der Andre heißt vicinus, nicht condominus; auch die erwähnte damni infecti cautio ist zwischen Miteigenthümern undenkbar. Denn aus der sabinianischen Schule — l. 32 d. inf. 39, 2 — ist das Prinzip der Subsidiarität der Caution in das justinianeische Recht übergegangen; der wahre Miteigenthümer kann aber selbst ausbessern, und, hat er allein die Mittel dazu nicht, auf Realtheilung klagen, eventuell auf Schadensersatz aus dem Grunde des Kontrakts- oder Quasikontraktsverhältnisses. Wo aber

auf seinem Boden stehende Wand nach Belieben täfeln und bemalen. Wäre dagegen die Mauer ungetheilt gemeinsam durch und mit ihrem Grund und Boden, so könnte man dem Andern das Verbietungsrecht nicht absprechen, wäre es auch nur um zu zeigen, daß es in unserem Falle per exceptionem doli zessire insofern der Vertäfelnde einen Partialersatz seiner Auslagen nicht beansprucht; aber überdieß wäre das Verbieten nicht nothwendig Chikane, da der Andere etwa noch tüchtigere Arbeiter dingen, mehr Geld und guten Geschmack selbst auf denselben Zweck verwenden kann und mag; endlich ist der Satz, „man dürfe sein Recht nicht zur Chikane eines Anderen gebrauchen", als positiver Rechtssatz in dieser Allgemeinheit in den römischen Quellen unerfindlich, eine Regel der Moral, de lege ferenda, nicht de lege lata zu verstehen, wenn nicht eine Inquisitionsgewalt des Civilrichters wieder hergestellt werden soll; daß dieser Satz auch insbesondere für die Eigenthumslehre nicht gilt, wird unten gezeigt werden.

Steht eine Mauer auf getheiltem Grund und Boden, so ist sie nothwendig pro div. communis. Nur so kann Pomp. l. 14, 1 serv. vind. 8, 5, falls eine solche Mauer durch Werk des einen Nachbarn gegen das Haus des anderen sich neigt, dem letzteren die negatoria actio geben, „jus illi non esse parietem illum ita habere". Vgl. Alf. l. 17 pr. quemadm. serv. am. 8, 6. Eine neg. a. zwischen ächten Miteigenthümern ist aber durchaus undenkbar. [1])

Es verhält sich also mit der auf der Gränze stehenden Mauer nicht anders wie mit einem ebendaselbst befindlichen Graben, welchen nach Paul. l. 2, 2 aq. pluv. arc. 39, 3 jeder der beiden Nachbarn zu seinem Theile zu reinigen befugt ist, und gegen Verbot, Verhinderung seitens des Nachbarn die aquae pluviae arcendae a. hat.

Klagrecht entsteht, da bedarf es jener Kaution nicht, um solches erst zu schaffen. Ebenso ist daher in l. 28 ibid. Ulp. sowie in l. 39 pr. ibid. Pomp. eine pro div. comm. paries zu verstehen. — In l. 13 cit. widerstreitet endlich auch die Beschränkung der Ersatzpflicht auf „vulgaria" tectoria der Annahme eines ächten Miteigenthums. — Ueber gemeinsame Mauern im Allgemeinen vgl. Haubold opuscula acad. II (1829) p. 387—442.

1) Die Letzteren haben gegen einander auch keine Noxalklage, sondern in solchen Fällen ebenfalls die utilis actio divisoria: Ulp. l. 8 nox. aa. 9, 4.

§. V. Eigenthumsbeſchränkungen im Allgemeinen.

§. 1. Die Beſchränkungen des Eigenthums ſind entweder demſelben gemeinſam mit den Rechten überhaupt, oder dem Eigenthume insbeſondere angehörig. Zu jenen gehören die Erforderniſſe der Rechtsfähigkeit des Subjekts und des Objekts, ſowie der Rechtmäßigkeit des zwiſchen beiden ſtattfindenden Verhältniſſes.

Lediglich rechtspolitiſch dagegen iſt der Satz: Male nostro jure uti non debemus. Selbſt wer ihn als Rechtsregel auffaßt — wie z. B. Geſterding Eigenth. 1817 S. 11. 12. (vgl. indeß S. 18) mit Berufung auf die bekannte §. 2 I. de his qui sui v. al. j. 1, 8, welche unſere Auffaſſung vollkommen beſtätigt — wird zugeben müſſen, daß dann zwar eine perſönliche Verpflichtung zum Unterlaſſen darin liegt, aber nicht zum Unterlaſſen an ſich, ſondern nur zu gewiſſen Zwecken, aus gewiſſen rein ſubjektiven Beſtimmungsgründen, [1]) — und eben hierdurch iſt jene Verpflichtung nicht im Stande, das betreffende ſubjektive Recht zu beſchränken. Nicht die Ausübung iſt unerlaubt, ſondern die ihr unterliegende Geſinnung. Die letztere zieht die erſtere nach ſich, wo das Intereſſe Dritter oder das Intereſſe der Geſellſchaft in Frage ſteht. Der Handelnde übt dann, dem Sinne ſeiner That nach, nicht ſein Recht aus, ſondern mißbraucht daſſelbe als Werkzeug der Ausführung ſeiner unerlaubten Geſinnung. So allgemein äußert ſich unter den drei großen neuern Landesgeſetzbüchern nur das preuß. L.-R. I, 8 §. 27: „Niemand darf ſein Eigenthum zur

---

1) Siehe von Bangerow §. 297. Anm. Nr. 1: man dürfe ſeine Eigenthumsbefugniſſe nicht zur bloßen Chikane eines Andern gebrauchen (z. B. ſog. Neidbau). L. 3 pr. op. publ. 50, 10 übrigens gehört ins Staatsrecht. Ueberhaupt wird man das richtige Prinzip wol nur in der klaſſiſchen Jurisprudenz des Civilrechts finden, was gegen Nov. 63 geſagt ſein ſoll. Außerdem vgl. man Fritz Erläuter. zu Wening 1833, I, Buch 2. Cap. 1 Nr. 2. S. 49. 50. Ueber die aquae pluviae arcendae actio, ſowie über das Recht des gutgläubigen Beſitzers bei der Vindikation, die Luxusverwendungen wegzunehmen, wird ſpäter beſonders die Rede ſein. Wir läugnen ja nicht, daß jene Billigkeit im Einzelnen Recht erzeugt habe.

Kränkung oder Beschädigung Anderer mißbrauchen." Doch ist ihm der Mißbrauch eine Art Gebrauch; vgl. §. 28: „Mißbrauch heißt ein solcher Gebrauch des Eigenthums, welcher vermöge seiner Natur nur die Kränkung eines Anderen zur Absicht haben kann" (richtiger wäre: „enthält"). Diese Absicht ist der sittliche Gehalt der That; das Sittengesetz ist hier also Rechtsgesetz geworden. — Zu unterscheiden von jenem Satze ist die allerdings positive Rechtsregel, daß ein mit Recht und Sittlichkeit im Einklang stehendes Interesse zum Erwerbe jedes Rechts nothwendig sei. Die Verwandtschaft beider Sätze zeigt genugsam der Umstand, daß Zuneigungsinteresse, trotz Unmöglichkeit seiner juristischen Werthschätzung, ausreichen soll.

§. 2. Die dem Eigenthume besonderen Beschränkungen wurzeln entweder in der subjektiven Rechtsbestimmung (Privatwillkühr, Servituten u. s. w. schaffend), oder im objektiven Rechte. Die letztern, in ihrer Entstehung also stets unabhängig von Privatwillen, können in ihrem Fortbestande der Privatdisposition unterliegen oder nicht unterliegen.

Daneben gilt die Vermuthung der Unbeschränktheit von Rechtssubjekt und Rechtsobjekt auch dahin, daß jenes die Bestimmfähigkeit, dieses die Bestimmbarkeit als ein je ihrer Natur und ihrem Gegensatze Zukommendes habe und beide in jedes gewollte Verhältniß zu einander zu treten vermögen.

Die objektivrechtlichen, „gesetzlichen", Eigenthumsbeschränkungen bezeichnete man früher allgemein als „servitutes legales"; der code Napoléon stellt sie, damit konsequent, in die Lehre von den Realservituten, natürliche, gesetzliche und gewillkührte Servituten in den 3 Capiteln des betreffenden Titels unterscheidend. Diese Ausdrucksweise ist den Römern indeß nie geläufig gewesen.[1])

1) Bei Pomponius l. 3, 2 aq. quot. 43, 20 heißt nicht der Umstand „servitus", daß der öffentliche Fluß Jedem sein Wasser gestatten muß, sondern es handelt sich um das Recht der Leitung dieses Wassers über fremdes Grundstück, und Letzteres ist ächte Servitut. Nur Ulpian — der auch z. B. von Naturalobligation ad remunerandum redet — gebraucht den Ausdruck „servitus" in l. 1, 22 aq. arc. 39, 3, wo übrigens nicht einmal Gesetz, sondern natürliche Lage der Grund ist: „semper hanc esse servitute

In der That verwirrt sie öffentliches und Privat-Recht. Mit gleich richtigem Takte kann man die Unterordnung des Bürgers unter das Rechtsgesetz eine gesetzliche Sklaverei, die seitens des Staates verlangten positiven Leistungen, wie im Kriegsheere zu dienen, Geschworner zu sein, gesetzliche Obligationen nennen. Eine richtige Erkenntniß kann hier nur durch uranfängliche Unterscheidung gehofft werden. Das öffentliche Recht geht von der Machtvollkommenheit des Staates, das Privatrecht dagegen von der Freiheit des Einzelnen aus; beide gleichen sich aus im Rechtsgesetz. Nun ist, da erst im Staate und durch dessen absolute Macht die Freiheit des Einzelnen Rechtsfähigkeit wird, die Privatfreiheit im Staate als eine rechtliche nur innerhalb des Staatsgesetzes vorhanden; dasselbe gilt von den Rechtsobjekten hinsichtlich ihrer Fähigkeit, beherrscht zu werden. Hieraus folgt, daß jedes Recht von vornherein nur soweit als Recht entsteht und gedacht werden kann, als diese Uebereinstimmung mit dem Rechtsgesetz statthat. So ist das subjektive Recht von vornherein *gegeben*, nicht eigentlich *geschmälert*, denn die Freiheit ohne diese Schranken war nie Recht. Dennoch ist der Ausdruck „gesetzliche Eigenthums*beschränkungen*" darum nicht unrichtig, da wir festhalten müssen, daß Eigenthum kein Recht im zu spezialisirenden Sinne, rechtliche Begränzung seiner *Natur* fremd ist. — Insbesondere fehlt den sog. Legalservituten der doch dem Ausdrucke gemäß nothwendige dritte Berechtigte; den Staat, das Gesetz — da der Fiskus hier nicht in's Spiel kommt — wird Niemand als solchen privatrechtlich auffassen. Zwar daß die sog. Legalservitut einer Privatperson zu *Gute* kommen kann, ist nicht zu läugnen, und gehört hierher insbesondere das sog. Nachbarrecht. Aber einmal ist dieser Vortheil zufällig; kann doch das Gesetz das Interesse des beschränkten Eigenthümers selbst im Auge haben — man denke an die Verordnungen wegen Mißhandlung der Sklaven durch ihre Herren: l. 2 de his qui sui v. al. j. 1, 6 — und sicher vermag Niemandem die eigene Sache zu dienen. Ferner beruht er auf Gegenseitigkeit, gerade wie die öffentlichrechtlichen Schranken persönlicher Freiheit.

---

inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant" (daher hier die aq. pluv. arc. a. ausgeschlossen sein soll). Cf. §. 23 ibid. und auch *Paul.* l. 2, pr. ibid.

Endlich gewinnt er eben dadurch, im Nachbarrecht vorzugsweise, die Natur einer Verstärkung des gegenüberstehenden Eigenthums, was sich dadurch technisch bewährt, daß er nie durch confessoria, sondern nur durch negatoria actio, freilich auch durch Spezialklagen, zu realisiren ist.

§. VI. Fähigkeit der Person.

Die subjektive Rechtsfähigkeit steht bei der Person. Die Eigenthumsfähigkeit der juristischen Person insbesondere unterliegt keinen gemeinrechtlichen Beschränkungen. Physische Person und eigenthumsfähig ist h. z. T. jeder physische Mensch, da erstens die Sklaverei, abgesehen davon, daß die Deutschen nie eine absolute Rechtsunfähigkeit damit verbanden, aus dem gemeinen Recht verschwunden ist; zweitens die väterliche Gewalt im deutschen Rechte lediglich eine Art Schutzrecht ist, eine Gewalt mit entsprechenden Pflichten, so daß nicht das Interesse des Hausvaters dasjenige der Hauskinder absorbirt, insbesondere den letzteren die eigene Vermögensfähigkeit nicht abgesprochen werden kann, höchstens ein väterlicher Nießbrauch stattfindet. Diesen würdigeren Gesichtspunkt hat die Aufnahme des römischen Rechts um so weniger zu verrücken vermocht, als das entgegengesetzte Prinzip des letzteren bei Justinian bereits auf ein so schmales Herrschaftsgebiet eingeengt war, daß es der praktisch-modernen Auffassung der väterlichen Gewalt gegenüber als eine in verständigen Schranken sich haltende Ausnahme erscheinen mag.

§. VII. Fähigkeit der Sache.

§. 1. Eigenthumsgegenstand ist nur die körperliche Sache.

Die klassische Jurisprudenz — l. 1, 3 bis l. 3 pr. r. v. 6, 1 — läßt auch an Heerden und Allem, was sonst heerdeweise gehalten wird, die Vindikation zu, und redet insofern von einem „nostrum esse gregem.“ Puchta, Kursus der Inst. §. 234 erweitert dieß einmal auf alle s. g. universitates rerum distantium, und nimmt zweitens ein besonderes Eigenthum über die Begriffs-

einheit an, so sehr er mit Recht (ebend. §. 222) deren Unkörperlichkeit erkennt. Wir hätten also eine juristische Sache als Gegenbild zu der juristischen Person damit gewonnen. Indessen läßt sich aus der Einräumung der rei vindicatio nicht mit Sicherheit auf ächtes Eigenthum zurückschließen, und kennt der Römer z. B. auch ein „hereditatem nostram esse.“ Die r. v. war praktisch nothwendig, wenn z. B. eine Heerde per vindicationem vermacht war, vgl. §. 18 I. leg. 2, 20. Für alle anderen Fälle bot sie eine praktische Erleichterung dar, gegen welche theoretische Bedenken um so mehr schweigen mußten, als eine volksmäßige Anschauung sogar an eine Sichtbarkeit und damit Körperlichkeit der Heerde stets glauben wird.

§. 2. Extra commercium esse, von der körperlichen Sache gebraucht, schließt an sich nicht die Fähigkeit derselben aus, im Eigenthum zu stehen,[1]) sondern nothwendig nur deren Unfähigkeit ein, Gegenstand eines Rechtsgeschäfts, also auch einer Eigenthumsübertragung, zu sein.

Umgekehrt ist Eigenthumsunfähiges stets auch extra comm. Die Unveräußerlichkeit ist das Kriterium der res e. c. Vgl. §. 7 I. r. d. 2, 1. l. 9, 5 ibid. 1, 8. l 6 pr. contrah. e. 18, 1. l. 39, 9. 10 leg. 1. l. 9 u. et u. 41, 3. Aber diese Unveräußerlichkeit ist in dem besonders prägnanten Sinne zu verstehen, daß jene Sachen nicht einmal aestimationem recipiunt, und unterscheidet sich so von der durch ein Specialgesetz gewissen Sachen, die dennoch in commercio bleiben, beigelegten Unveräußerlichkeit, über deren positive Gründe später zu handeln ist. Es ist die res e. c. somit die res quae emi vendive nequit; was vom emere vendere, dasselbe gilt von jedem alienare, also auch vom Ersitzen: l 9 u. et u. 41, 3, cf. c. 22 Th. op. publ. 15 1 = c. 6 Just. ib. 8, 12: „Alle Verjährung ist juris privati und vermag also dem öffentlichen Rechte

1) Diese Consequenz liegt z. B. in der Puchta'schen (Kursus d. Inst. §. 223) Definition als eine gebotene. Doch sagt er hernach gelegentlich: „Ist ein . . . Staatsgut für unveräußerlich erklärt, so ist dadurch allerdings . . . die unveräußerliche Sache . . . dem Commercium entzogen.“ Vgl. auch ebend. Not. bb.

nicht zu derogiren, daher z. B. Gebäude, auf öffentlichem Boden (Platz extra comm.) errichtet, anders als durch obrigkeitliche Conzession nie in die Lage kommen, vor dem Einreißungsrecht seitens der öffentlichen Behörden gesichert zu sein." — Diejenigen res e. c., welche einen Eigenthümer haben, dürfen bestimmten Gebrauchszwecken nicht entzogen werden.

§. 3. Extra commercium sind aber:

I. Die res divini juris:

Es war die oberste Eintheilung der Sachen bei den Römern die in Sachen göttlichen und weltlichen Rechts. Gai. 2, 9. §. 7 I. r. d. 2, 1. l. 1 pr. ibid. 1, 8 cf. Paul. l. 2, 1 interd. 43, 1. Sie entspricht der obersten Eintheilung des Rechts in geistliches und weltliches. — Divini juris sind res sacrae und religiosae Nicht vollkommen unabhängig (Ulp. l. 2, 4 rel. 11, 7) von geistlichem Recht, „quodammodo" divini juris: Gai. 2, 8. §. 10 J. tit. cit., sind die res sanctae. Auch rechnet Marzian l. 6, 2 d. r. 1, 8 sie hinter den res sanctae und rel. zu den res quae nullius in bonis sunt. Daß die Gleichstellung mit den res div. juris auch in dieser Hinsicht nicht streng richtig sein würde, soll gezeigt werden.

Jedes sacrum und religiosum ist zugleich sanctum, nicht auch umgekehrt. Das sanctum engeren Sinnes ist Gegenstand weltlichen Eigenthums. So stehen Mauern und Thore der Städte [1]) und des Lagers im öffentlichen Eigenthum. Hieran sowie an andere publicae res, welche sankt sind, denken diejenigen Quellenstellen, welche die sancta res als nullius bezeichnen; dann ist der Gegensatz „res quae singulorum sunt", und sind also die Eintheilungsgründe der res in divini und humani juris, und der letzteren in publicae und privatae konfundirt da wo sacrae, rel., sanctae res, wie gleichartig, [2]) als res

1) Bei ihnen tritt die Sanktität auch schon in den religiösen Cärimonien bei ihrer Entstehung zu Tage. Ferner bedurfte jede Veränderung der Mauern und Thore eines Munizipiums vorgängiger Genehmigung der Staatsgewalt.

2) Eine solche Gleichartigkeit wäre vorhanden, wenn es quellenmäßig wäre, daß die drei Klassen römischer Götter (obere, mittlere, untere) jener Dreitheilung der Sachen entsprächen. Dagegen spricht also auch die Rechtsdifferenz der sacrae und religiosae res einerseits von den sanctae andrer-

nullius genannt sind; denn hier ist „res nullius“ in zwei verschiedenen Bedeutungen gleichzeitig verstanden. — Aber auch was in keiner Weise nullius ist, gilt dem ursprünglichen römischen Rechte möglicherweise als sankt. So die Feldfrüchte, die Gränzstreifen; sogar Personen: so die Eltern, Klienten, gewisse Staatsbehörden, vor Allem der Kaiser (sanctissimus, — a; numen, divinitas Augusti, — ae; domus divina), die Kaiserin. Alles den Kaiser, die Kaiserin, das kaiserliche Haus Betreffende ist „divinum“, „sacrum“ in der Sprache des Kaiserrechts. Sankt blieben noch im späteren Völkerrecht die Gesandten.

Wer das sanctum seiner Bestimmung entfremdet, verletzt, wird nach altem Recht „sacer“, d. h. dem betreffenden Gotte zur diesem beliebenden Strafe geweiht (ausgeliefert). — Z. B. verfiel nach Numa dem Gotte das Haupt desjenigen nebst seinen Zugthieren, der die Gränzstreifen des Ackers ausgepflügt hatte. — Darum war, wer sich an dem sacer vergriff, selbst ein Frevler. — Nach neuerem Rechte trifft Jenen Todesstrafe, z. B. Solche qui aliquid in muros deliquerint.

„Unverletzlichkeit“ scheint mir die passendste Uebersetzung von sanctitas. [1]) Auch die Deiche des deutschen Rechts, im neuesten Recht Eisenbahnen und Telegraphen, sind in diesem Sinne befriedete Sachen. Dazu vergleiche man die Bedeutung von „sanctio legis“, d. i. die Strafandrohung für Uebertreter (i. d. R. verbunden mit Nichtigkeitserklärung der Zuwiderhandlung), gewöhnlich der Schlußtheil, aber in innerer Kraft das das ganze Gesetz erst stark machende, vollendende Stück des Gesetzes. Vgl. ferner

Marcian. l. 8 pr. (cf. §. 1) d. r. 1, 8: Sanctum est, quod ab injuria hominum defensum atque munitum est.

Paul. l. 17, 3 aq. pluv. arc. 39, 3: Loco sacro vel religioso, vel sancto quo fas non situti, nulla servitus imponi poterit.

---

seits. Nicht dagegen sind aber die Tempel der mittleren Götter, denn es gibt auch Altäre der Manen, wodurch gleichwohl der Religiositätsbegriff nicht alterirt werden kann. Leyser spec. 22 med. 1.

1) Im deutschen Mittelalter bedeutete die Befriedung Exemption vom Fehderecht, steigerte sich Frevel, an solchen Sachen begangen, zum Friedensbruch: Mittermaier Priv.-R., 5. Ausg. (1837) §. 142.

Die res sanctae, irdischen Rechts, sind geschützt durch den über sie erstreckten Gottesfrieden, gefestigt (sancire) durch die darum dem Verletzer drohende, besonders schwere, weltliche Strafe Fest. v. sagmina. Die eigentliche res divini juris stimmt mit der res sancta in der Unverletzlichkeit überein sowie in der Unstatthaftigkeit, sonstigem Gebrauchszweck zu dienen. Ulp. l. 12, 1 rel. 11. 7. Aber sie ist nicht Eigenthumsgegenstand weltlichen Rechts; aestimationem non recipit: Ulp. l. 9 d. r. 1, 8.

Es ist nicht im technisch juristischen Sinne zu nehmen, wenn Justinian in c. 22 pr. s. eccl. 1, 2 die Güter der Kirchen, Klöster, sonstiger kirchlicher Stifter und milder Stiftungen als res divinae im Gegensatze zu humanae bezeichnet. Vielmehr stehen diese Güter im Eigenthume jener juristischen Personen: so freilich, daß ihre mittelbare religiöse Bestimmung mancherlei Privilegien hervorgerufen hat, welche in der Lehre von den juristischen Personen, unter dieser besondern Klasse solcher Personen, darzustellen sind. Von der Unveräußerlichkeit der Kirchengüter wird unten in den dem Eigenthume besondern gesetzlichen Beschränkungen die Rede sein.

A. Res sacrae.

Zur Entstehung einer res sacra wird erfordert die Widmung oder Dedikation seitens ihres bisherigen Eigenthümers (Ulp. l. 9 pr. §. 1 d. r. 1, 8), die Heiligung oder Konsekration nach dem Ritus der Kirche und durch deren Autorität. §. 8 I. r. d. 2, 1, cf. Gai. 2, 4. 5. Fest. v. sacer mons. Privatautorität vermag nur eine gewisse Sanktität zu schaffen, so daß z. B. die Beraubung eines ohne jene öffentliche Autorität geweihten Ortes, der also nur für privata sacra dient, zwar kein sacrilegium, gleichwohl schärfer strafbar ist als ein gewöhnlicher Diebstahl. Paul. l. 9, 1 ad l. Jul. peculat. 48 13.

Res sacra ist jede unmittelbar für den Gottesdienst bestimmte Sache. Also:

1. Die Gotteshäuser selbst, sacrosanctae ecclesiae: rubr. Cod. I tit. 2, nebst den Altären. Und zwar ist der Boden heilig, und behält somit diese Eigenschaft trotz Zerstörung der Kirche: Marcian. l. 6, 3. d. r. 1, 8, Pap. l. 73 pr. contrah. e. 18, 1.

2. Die heiligen Gefäße, Gewänder u. ſ. w. Der ſie verkaufende, verpfändende, zum Zweck der Veräußerung einſchmelzende Kirchenbeamte muß den Erlös an die Kirche herausgeben, derſelben den Schaden erſetzen. Er verliert ſein Amt; ſeine Amtsnachfolger haften ſelbſt für unterlaſſene Anzeige. Der Erwerber verliert den Preis, im Falle der Verpfändung das perſönliche Schuldklagrecht. Die Veräußerung u. ſ. w. iſt nichtig, auch nicht die Früchte der Zwiſchenzeit gehen der Kirche verloren. Der den Vertrag ausfertigende Notar (tabellio) fällt in ewige Verbannung; nicht einmal der Kaiſer kann ihn begnadigen. Die betheiligten weltlichen Behörden verlieren Amt, Rang und Vermögen. Nov. 7, 8, cf. 11. Vgl. c. 14. 21. s. eccl. 1, 2. Es ſteht, da auch jedes Retentionsrecht zeſſiren muß, der Vindikation ſelbſt ſeitens des veräußernden Kirchenbeamten Nichts im Wege. Ja, trotz Spezifikation, bleibt die dingliche Klage; ein Punkt, über welchen unten bei den utiles rei vindicationes näher zu handeln iſt.

Nur zur Einlöſung von Gefangnen dürfen jene res sacrae verkauft u. ſ. w. werden. Ferner geſtattet Nov. 120, 10 überflüſſige heilige Gefäße zur Tilgung von Kirchenſchulden zu verwenden, vor den Immobilien aber in den für deren Veräußerung vorgeſchriebenen Formen. Jene Gefäße werden dann eingeſchmolzen, falls der Empfänger nicht ebenfalls eine Kirche oder ſonſtiges heiliges Collegium iſt, welches ſie ſelbſt unmittelbar zum Gottesdienſte gebrauchen kann: c. 2, 1 C. 10 qu. 2.

B. Res religiosae.

Von den mehreren altrömiſchen Religioſitätsgründen hat nur einer die dauernde rechtliche Anerkennung behauptet. Religiös nämlich macht der Privatmann ſein eigenes Grundſtück aus eigener Autorität, durch definitive Einbringung eines Todten und ſoweit die Grabſtätte reicht; die weitere bei Gai. 2, 6 eingefügte Beſchränkung „si modo eius mortui funus ad eum pertineat“ fehlt bei Juſtinian §. 9 I. r. d. 2, 1. Iſt der Todte zerſtückelt begraben, ſo wird nur der Ort, wo der Kopf, als Sitz des Selbſtbewußtſeins, beſtattet iſt, religiös. Eine Parallele bietet die Entſcheidung der Frage, wann die Menſchengeburt monstrum ſei. — Der Einbringer verliert ſein Eigenthum über den Ort. In Familienbegräbniſſe einzubringen, iſt

daher so sehr ein Recht aller Erben, daß es durch, selbst vertragsmäßige, Realtheilung oder deren Surrogat — Ueberweisung an einen einzigen gegen Abfindung — nicht auszutilgen ist; denn darin läge Tausch oder Kauf, welche, als Rechtsgeschäfte, über res extra commercium nicht möglich sind; c. 4 rel. 3, 44. — Servitutberechtigte müssen eingewilligt haben, damit durch das Einbringen des Todten der Ort religiös werden könne; es sei denn, sie werden dadurch nicht beeinträchtigt. Ulp. l. 2, 8 r. d. 1, 8. Regelmäßig beeinträchtigt scheint z. B. der Nutznießer, aber auch dessen Einwilligung ist dann nicht nöthig, wenn der einzubringende Verstorbene Jenem erst den Nießbrauch vermacht, und der Einbringer keinen andern, sonst ebenso passenden, Ort zur Grabstätte hat. §. 7 ibid. Der Pfandschuldner endlich kann seine Angehörigen einbringen, sowie selbst eingebracht werden. §. 9 ibid. — Der Mangel des Grundeigenthums wird hinsichtlich der Entstehung der Religiosität gehoben durch vorgängige Erlaubniß oder spätere Genehmigung des Grundherren. Vgl. auch c. 2 rel. 3, 44.

Nach c. 7 Theod. cod. sepulcr. violat. 9. 17 von Valentinian (Theodos) und Arkadius (= c. 3 s. eccl. 1, 2) sind die Gebeine der Märtyrer extra commercium.

A B 1. Die Profanation oder Entweihung des sacrum kann nur durch dieselbe Autorität geschehen, welche das Recht der Consekration hat. — Die Grabstätte hört auf religiös zu sein, nicht durch einfaches Wegschaffen der Leiche, sondern erst wenn die Erlaubniß der geistlichen Autorität hinzukommt. Vgl. Paul. l. 44, 1 rel. 11, 7. Ohne solche Autorisation darf man keinerlei Veränderung an der Grabstätte sowie an dem dazu gehörigen, weil darauf stehenden Denkmal, sei es gleich zum Zwecke bloßer Reparatur, treffen; auch sind die deßfallsigen Anordnungen der geistlichen Behörden zu befolgen.

A B 2. Im ausgebildeten kanonischen Rechte bedürfen die res sacrae der Consekration oder mindestens der Benediktion, d. i. der Segnung mit Weihwasser. Zu jenen gehören die Kirchen und die heiligen Gefäße — sacra vasa: Kelch und Schaale —; zu diesen die Meßgewänder, die Mappa, das Corporal, das Tabernakel, die Monstranzen, die Heiligenbilder, die Glocken, das Tauf-

waſſer, die Kerzen, Kreuze und Roſenkränze. [1]) Der Kirchhof, der übrigens nur benedizirt wird, gehört zur Kirche, wie dieß ſich auch u. A. im Falle einer pollutio ecclesiae zeigt. Jedoch bleibt für die privatrechtliche Auffaſſung der Unterſchied, daß der Kirchhof im Ganzen — d. h. abgeſehen von den Gräbern [2]) — nicht extra commercium iſt (was mit der römiſchen Theorie im Einklange ſteht), ſondern gewöhnliche, allerdings befriedete, res ecclesiastica. Daher Private Servitutenrechte darüber erwerben können, wie z. B. das Ueberfahrtsrecht. Seuffert Arch. VI. (1853) Nro. 140. Wenn aber z. B. das bair. L.-R. Th. II Cap. 3 §. 4 bei Schatzfindung in Kirchen oder ſonſt geweihten Orten den Grundherrnantheil der Kirche zuerkennt: ſo iſt damit allein noch nicht die römiſche Anſchauung von deren Eigenthumsunfähigkeit in die andere der Annahme eines Eigenthums der juriſtiſchen Perſon darüber verkehrt — was übrigens das extra comm. esse nicht ausſchließt. Denn zwar iſt im gleichen Paſſus die Rede vom gleichen Anſpruch der Gemeinde bei Gemeindegründen, aber auch des Fiskus bei herrenloſem Grund und Boden. Hinſichtlich der geweihten Orte tritt alſo die Kirche in die Stelle des Fiskus, eigentlich in Conſequenz des Wegfalls der heidniſchen Staats-religion, einer Conſequenz, die bei Juſtinian nur wegen der noch fortdauernden Abhängigkeit der Kirche vom Staate nicht gezogen wurde und erſt dann zum Bewußtſein gelangte, als man vom

---

1) Die Kirchenſtühle ſind nicht extra comm., ſondern einfache res ecclesiasticae. Die Kirche vergiebt ſie in erbliches Nutzungsrecht oder auf eine Reihe von Jahren u. dgl. Der Erwerber kann ſein Recht frei veräußern (quoad exercitium). Vgl. Leyser spec. 22 med. 4. Richter Kirchen-Recht. 4. Aufl. §. 302.

2) Nach J. H. Böhmer jus parochiale sect. 4 cap. 2 §. 1 wären auch dieſe heutzutage weder religiosa noch sacra. Freilich haben wir keine dii inferi und iſt das Grab nicht eine unmittelbar gottesdienſtliche Sache. Aber extra commercium ſind darum die Gräber immer noch; daran hindert nach unſerer Begriffsbeſtimmung insbeſondere auch nicht die Annahme eines Privateigenthums über das Grab, wie etwa bei Familienbegräbniſſen. Liegen dieſe übrigens auf Kirchhöfen, ſo gehört mit dem Grund und Boden auch das Grab lediglich der Gemeinde, und findet darüber nur ein ausſchließendes Privatnutzungsrecht ſtatt. Auch die Gültigkeit der Veräußerung von Begräbnißſtätten ändert an dem extra comm. esse der Gräber darum nichts, weil dort nur die leeren Plätze Vertragsgegenſtand ſind.

Wahne zurückkam, daß das Christenthum eine Staatsreligion sein könne.

Exsekration erfolgt auch durch Zerstörung und wesentliche Beschädigung; beim Altar schon durch Verrückung.

Die Consekration macht die res zur sacra, die Benediktion nur dann, wenn, was bei der Consekration stets zutrifft, die unmittelbare gottesdienstliche Bestimmung statthat. Denn auch Sachen menschlichen Rechts sind oft benedizirt, z. B. die Feldfrüchte, deren Sanktität schon das altrömische Recht kennt.

Die evangelische Kirche hat, für Kirchen und Kirchhöfe, eine Dedikation ohne Consekration. Ihren unmittelbar gottesdienstlichen Sachen läßt sich daher nur die Sanktität zuerkennen.

Die Anlage von Erb- und von Familienbegräbnissen steht unter den gemeinen kirchenrechtlichen Ordnungen. Die Erben zählen zur familia.[1]) Dem Erben gleich steht, wer heredis loco ist, nicht aber der Universalfideikommissar; arg. Paul. l. 42, 1 ad Trebell. 36, 1. Andererseits haben alle Deszendenten, selbst ohne sui zu sein, ja trotzdem daß sie als sui abstiniren, das Erbbegräbnißrecht, die enterbten nur präsumptiv und passiv: denn einmal kann aus gerechtem Grunde der Erblasser ihnen dieß Recht noch insbesondere entziehen, ferner haben sie zwar den Anspruch für sich selbst, dort begraben zu werden, nicht aber den weiteren, auch daselbst zu begraben: l. 5. 6 pr. rel. 11, 7. Familien- ohne Erbbegräbnißrecht steht außerdem allen Blutsverwandten des Erblassers zu. Zwar beschränkt man dieß gewöhnlich auf die Agnaten, weil Philippus c. 8 ib. 3, 44 an eine Frau reskribirt: Jus familiarium sepulcrorum ad affines seu proximos cognatos non heredes constitutos (cf. c. 13 ibid) minime pertinet. — Die Person, für deren Leichnam die Anfragende das Begräbnißrecht reklamirte, war wol nicht zugleich affinis und cognatus zu der fraglichen Familie. Der Ausdruck „ad .. cognatos“ enthält eine Steigerung.

---

1) Präsumptiv. Vgl. Orelli inscriptt. lat. sel. vol. II Turici (1828) Nr. 4389: Hoc monumentum heredem non sequitur. Nr. 4392: Exterae familiae aditus non datur. — Durch solche Vorbehalte war die Präsumption entkräftet. Reines superfluum sind aber die Worte in Nr. 4397 ebend.: Hoc monumentum heredem sequitur.

Wäre die Lösung „ad affines, si vel proximi cognati sint“ nicht vorzuziehen? Cognati, nämlich des Mannes der Anfragenden; da es Bedenken hat, das Wort in uneigentlicher Bedeutung zu verstehen. Früher glaubte man, „sive“ verbinde nur einerlei bedeutende Ausdrücke; dieß ist widerlegt, aber sehr häufig trifft Jenes zu. Endlich ist hier an die sonstige Ausgleichung der Cognaten mit den Agnaten, für das neueste römische Recht, zu erinnern, welcher die veränderte volksmäßige Anschauung über Familie mit zu Grunde liegt.[1]) Freilich die deutschrechtlichen Stamm- und Geschlechts-Begräbnisse dürfen nicht hierhergezogen oder gar mit den römischen Familienbegräbnissen identifizirt werden, so daß man den letzteren selbst den unrichtigen Namen vorwirft. Jene beruhen auf deutschem Agnationsbegriff, und schließen wol auch den nichtagnatischen Erben aus.

II. Die res naturali jure omnium communes:

Luft (Tageslicht), fließendes Wasser, das Meer, die Meeresküste, so weit die höchste Winterfluth das Land einnimmt. §. 3 I. r. d. 2, 1. l. 96 pr. v. s. 50, 16. Cic. top. 7, 32.

Das geschöpfte Wasser steht im Privateigenthum, welches darüber aufhört, sobald jenes auf irgend eine Art wieder fließend wird. — Von Wasser in der Bedeutung von „Gewässer“ (vgl. Seuffert, Arch. II [1849] Nr. 8) ist hier nicht die Rede;[2]) dieses ist accessorisch zum Grundeigenthum, und auch liegt in letzterem die Befugniß, Dritten das Schöpfen zu verbieten, ohne daß darum das dennoch geschöpfte Wasser weniger Eigenthum des Schöpfenden würde.[3])

---

1) Selbst wo der Stifter vorschrieb, ne (monumentum) de nomine exeat familiae suae, kann man dieß nicht streng vom nomen gentilicium verstehen. Vgl. Orelli inscriptt. lat. sel. vol. II Turici (1828) Nr. 4386. Denn gleich in der folgenden Nummer 4387 heißt es: ita ne de nomine libertorum libertarumve meorum posterisque eorum exeat. Hier konnten also auch die Kinder der (verheiratheten) weiblichen Freigelassenen begraben werden, und doch ist für den Agnationsbegriff femina semper finis familiae. In der gleichen Ausdehnung ruft aber der jener Schlußklausel vorangehende Text in Nro. 4386 die Begräbnißberechtigten.

2) Beides ist vermengt bei Leyser spec. 25 med. 3.

3) Mit den Wassertheilchen als herrenlosen Körpern verhält es sich wie mit den Fischen, deren natürliche Freiheit auch nicht dadurch allein aufhört, daß sie in einem Privatgewässer schwimmen.

Ueber das Meer vgl. auch Seuffert, Arch. VII (1854) Nr. 144. Anlangend den hibernus fluctus, so verstehen ältere Juristen, bei Westphal Acten der Sachen (1788) S. 26, hier unter hiems auch Seeungestüm durch Sturm und Ungewitter. Aber auch inundatio fluminis publici macht das zeitweilig überschwemmte Land nicht zu öffentlichem. Ist es ferner wahr, daß die Fluth nicht oder nicht überall zur Winterszeit die größte ist, so mögen wir immerhin diejenige Jahreszeit substituiren, in welcher überall oder irgendwo die größte Fluth eintritt; denn der Sinn von „hib. fl. maximus“ ist nur der: „die höchste Fluth in der der Fluth günstigsten Jahreszeit.“ Daß die Alten jedenfalls den Winter als solche ansahen, gehört selbstverständlich nicht zu dem dispositiven Theil des Gesetzes.

Verwerflich ist die ältere Ansicht von einem gemeinsamen „Eigenthume“ aller Menschen über die res nat. jure omn. comm. Glück, Kommentar II, S. 460. Vielmehr schließt die Natur jener Sachen ihre Eigenthumsfähigkeit aus, die Gebrauchsfreiheit für alle Menschen ein. Dieser usus omnium communis heißt auch wohl usus „publicus“, ohne daß er sich darum je auf römische Bürger beschränkt hätte. [1]) Wenn daher l. 112 v. s. 50, 16 das Meeresufer und die öffentlichen Landseen als publica zusammenstellt, so trifft das für den gemeinen Gebrauch, nicht aber für die Eigenthumsfrage zu. Zwar sagt Celsus in l. 3 pr. ne quid in loco publ. 43, 8:

Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror.

Aber es leuchtet ein, daß hiermit lediglich im Sinne des Staatsrechts der zivilrechtlich undenkbare Eigenthumsbegriff ange-

1) So verstehe ich auch nicht, wie Sintenis Civ.-R. I §. 40 S. 415 Not. 22 sagen kann: „Das Recht des Einzelnen stehe ihm hier in der Eigenschaft eines Mitgliedes einer politischen Verbindung zu.“ Nun zumal in einem praktischen Buche! wo man auch nicht auf die alte aqua et igni interdictio sich berufen kann, unter welcher übrigens nur der ausgestoßene Römer, nicht der Fremde als solcher stand. Von „Recht“ sogar kann keine Rede sein; dieß beweist am Besten der Umstand, daß es, abgesehen von den Popularinterdikten, nur eine injuriarum actio eventuell giebt. Jene Gebrauchsbefugnisse liegen ebenso unselbständig in der gemeinen menschlichen Freiheit, wie die sog. Rechte des Eigenthümers im Eigenthum.

wendet ist. Nerat. l. 14 pr. a. r. d. 41, 1. Auch ist die Bemerkung von Sintenis Civ. R. I S. 415 Not. 26 nicht richtig, daß das Praktische dieser Lehre jetzt dem Staats- und Völker-Rechte anheimfalle. Denn wie können diese Wissenschaften privatrechtliche Fragen direkt entscheiden? Ja, in Note 29 sagt Sintenis, es sei der praktische Gebrauch dieser ganzen Lehre so gut wie auf Null reduzirt. Sind Luft und fließendes Wasser nicht mehr Gemeingut? Besteht die Freiheit der Schifffahrt nicht als gemeine Regel wenigstens in „offenen" Meeren? Ewig richtig ist die römische Lehre von der zivilen Eigenthumsunfähigkeit jener Sachen.

Die Territorialhoheit[1]) des Staates über Meere und Meeresufer schützt den privatrechtlich freien Gebrauch und fordert insbesondere obrigkeitliche Erlaubniß zu Anlegung von Privatbauten auf Pfeilern oder Steinblöcken, welche in das Meer gesenkt oder auf dessen Strande gefestigt werden. Denn die darin, soweit der Bau sich erstreckt, gegebene Okkupation des Bodens kann den gemeinen Gebrauch beeinträchtigen: l. 3 cit. §. 1. Ulp. l. 2 §. 8 ibid. Nie zieht der Boden den Bau nach sich, so daß letzterer aus dem commercium tretend aufhörte, Eigenthumsgegenstand zu sein, und im gemeinen Gebrauche zu sein begänne. Umgekehrt ist es bei Bauten auf einem locus divini juris. Aber letzterer dient auch nicht menschlichem freiem Gebrauchszwecke; er wird im Eigenthum der Gottheit stehend gedacht; wo Eigenthum ist, und nur da, kann Accession eintreten (aedificium cedit solo). Darum vermag dem Meere oder dessen Strande der Bau nicht zuzuwachsen; umgekehrt also ist jenes „gebunden" durch den Bau, so lang er steht (mit jus postliminii). Passend wird dieses Verhältniß verglichen der Kriegsgefangenschaft eines an sich Freien, der Gewahrsam über ein wildes Thier. Die natürliche Freiheit ist Attribut auch des Meeres.

Dem ediktmäßigen interdictum de fluminibus publicis, da die Flußschifffahrt die ältere ist, durch die Wissenschaft (Labeo) nach-

1) Juris publici. Schifffahrtszölle, ja Schifffahrtsverbote für Schiffe gewisser Nationen, gewisser Arten (z. B. fremde Kriegsschiffe), gewisser Ladung (z. B. mit Negersklaven befrachtet) u. dergl., erklären sich hieraus hinreichend, kamen auch bei den Römern vor und können also keinenfalls solche Meere als Staatseigenthum erscheinen lassen.

gebildet ist das (utile) interdictum (Ulp. l. 1, 17 flum. 43, 12) ne quid in mari inve litore, quo portus statio iterve navigio deterius (sit), fiat.

III. Die Res publicae.

Im Sinne des öffentlichen Rechts gehört das ganze staatliche Territorium dem Staate,[1]) im Sinne des Civilrechts dagegen steht der Staat als Vermögensträger auf gleicher Linie mit dem Privatmanne. Das civilistische Eigenthum des Staates oder[2]) der Gemeinde scheidet sich in solches, dessen Verwendung eine unbestimmte ist — s. g. res in patrimonio populi oder fisci; pecunia populi — und in solches, welches dem unmittelbaren gemeinen Gebrauche aller Bürger in dieser oder jener Richtung offen steht. Nur die Sachen letzterer Gattung gehören zu den res extra commercium, als civili jure omnium communes; gerade sie heißen vorzugsweise res publicae, als res publico (= populi) usui destinatae, und werden oft als res quae nullius in bonis sunt bezeichnet, was durch die Parallele mit den naturali jure omnium communes sich hinreichend erklärt. Dagegen, daß sie im fiskalischen Eigenthum stehen, ist ebenso unläugbar, als der Gesammtgenuß der Bürger auch hier nicht als Miteigenthum der letzteren, oder die Sache gar als eigenthumslose aufgefaßt werden darf.

Als Rechtsmittel finden wir auch hier außer der injuriarum actio Popularinterdikte, welche nur dann zessiren, wenn die öffentliche Gewalt selbst die Verändrung autorisirt hat. Vgl. Seuffert Arch. V (1852) Nr. 27. 134. H. z. T. ist die Klage auf Schadensersatz auf alle Fälle zu geben; die auf Wegräumung des störenden Zustandes jedenfalls dann, wenn die Verwaltungsbehörden, angerufen, dieß nicht von Amtswegen selbst vornehmen.[3])

1) Der erobernden Nation gehört das Grundeigenthum auch im privatrechtlichen Sinne, bis dieselbe es unter die Familien vermessen (ager assignatus) oder auf Staatsrechnung versteigert hat (ager quaestorius).

2) Cf. l. 9. u. et l. 41, 3: rebus publicis populi Romani et civitatum.

3) Dazu braucht kein Privatinteresse nachgewiesen zu werden; die römischen Popularklagen müssen praktisch sein, weil die Behörden nicht nothwendig ihre Schuldigkeit thun. Subsidiär ist Jeder berufen und eigentlich auch interessirt, das gemeine Wesen zu schützen. Vgl. Leyser med. spec. 301, 5.

Uebrigens haben die Behörden auch unaufgefordert sich zu interponiren.

Zu diesen res publicae engern Sinnes gehören die öffentlichen Plätze, die Rathhäuser, Gerichtsgebäude u. dgl., die Theater und Rennbahnen nach antiker Einrichtung, alle öffentlichen Wege und Straßen (für Gemeinden innerhalb eines Staates die vicinales viae) auf dem Lande und in den Städten, insbesondere als wichtigste die Heerstraßen; endlich die öffentlichen Flüsse und Seen.

„Oeffentlich" ist der Weg, dessen Grund und Boden öffentlich ist; jenachdem das Letztere bedeutet: im Eigenthum des Staates oder aber in dem einer einzelnen Gemeinde stehen, sind die viae publicae im eigentlichsten Sinne oder vicinales. Dem Gebrauche aller Staatsbürger frei stehen diejenigen Vizinal- und Privatwege, welche, in Staatsstraßen mündend, dieselben mit den Landgemeinden und Höfen verbinden, falls eine Staatsstraße dazu nicht vorhanden ist. Analog stehen Privatwege, welche, in Ermangelung eines Vizinalweges ebendahin, zu den Aeckern führen, welche publizistisch zur Gemeinde gehören, im gemeinen bäuerlichen Gebrauche. Es ist selbstredend, daß hier Entschädigung aus der Gemeindekasse u. dgl. als regelmäßig unterlaufend gedacht werden muß; ausgesprochen ist, daß die Gemeinde, resp. die benutzenden Privatgrundbesitzer dann auch den Weg unterhalten müssen, ohne daß aus der ewigen Fortsetzung dieses Verhältnisses der Grund und Boden öffentlich, resp. Miteigenthum werden könnte. Denn der Grundherr ist ihnen den Weg zu unterhalten nicht schuldig. Meine Privatwege sind diejenigen, welche auf Servitutenvertrag u. dgl. beruhen. Ich glaube, hiermit den wahren Sinn von Ulpian l. 2, 21—23 ne quid in loco publ. 43, 8 ausgedrückt zu haben. In §. 21 interpungire und lese ich: „viae autem publicae solum publicum est relictum (bei der Landvermessung), at directum rell." Am Ende von §. 23 kann „publicas" nicht im Sinne von §. 21 i. A. gemeint sein, sondern ist dazu zu denken: „quoad usum". — Vgl. auch Seuffert Arch. V (1852) Nr. 3.

Oeffentlich ist bei den Römern jeder Fluß, welcher in allen Jahreszeiten fließt = flumen perenne = per annum fluens —, also nie austrocknet. L. 1, 3 flum. 43, 12. Perennirende Bäche u. dgl. (l. 1, 5 aq. quot. 43, 20) sind nie als solche öffentlich,

obwohl die wegen des gemeinen Intereſſes für öffentliche Flüſſe zuſtehenden Rechtsmittel mitunter auf ſolche Bäche zum Schutze des Privatintereſſes analog angewendet werden, z. B. in l. 1, 4 ne quid in flum. publ. 43, 13. — Eine ſtreng juriſtiſche Unterſcheidung zwiſchen Fluß und Bach giebt es aber nicht, denn relativ ſind die in l. 1, 1 flum. 43, 12 angegebenen Momente der „Größe oder des Dafürhaltens der Umwohnenden.“ Andrerſeits erklärt ſich aus dem Erforderniß der Größe, daß die meiſten Flüſſe öffentlich ſind. l. 4, 1 d. r. i. 8. Dieſe Stelle ſcheint exzerpirt in §. 2 I. ibid. 2, 1, wobei die Aufnahme des Wörtchens „paene“ vergeſſen iſt. — Dagegen ſind alle Bäche privat. — Zum öffentlichen Fluſſe gehört das Flußbett mit den Seitenwänden aufwärts bis wo die Ebene ſich zum Waſſer zu neigen beginnt. Paul. l. 3, 2 flum. 43, 12.[1]) Dieß iſt die ripa (pr. ibid.) quae plenissimum flumen continet in §. 1 ibid. Zeitweiſe Ueberſchwemmungen fügen Nichts hinzu; erſt die Erdgeſtaltung in der angegebenen Weiſe erweist die dauernde Vergrößerung des Fluſſes und ſomit des Flußbettes, die Verbreiterung der Ufer. Dieß kann erfolgen durch Erhöhung des Flußbettes in deſſen Grundfläche, wie umgekehrt deſſen Vertiefung ein Zurücktreten der Ufer allmählig nach ſich ziehen wird. Es kann erfolgen insbeſondere auch durch veränderten Waſſerlauf, durch Zuſtrömen eines neuen Nebenfluſſes oberhalb, u. dgl. Ulp. l. 1, 5 ibid. Stets alſo wird der Boden öffentlich dadurch, daß er Bett eines öffentlichen Fluſſes wird, mag ſelbſt der bisherige Privatgrundherr durch Ziehung des Grabens, durch welchen jetzt der Fluß fließt, die Urſache jenes Wechſels des Bettes ſein. §. 8 ibid. — Das prohibitoriſche Interdikt auf Freiheit der Schifffahrt und Flößung im öffentlichen Fluſſe, auf Aus- und Ein-Laden mittelſt des Ufers. — l. un. pr. ut in flum. publ. nav. lic 43, 14 — findet Anwendung auf öffentliche (§§. 2. 6 ibid.) — d. h. auch hier: mit immerwährendem Waſſer verſehene: §. 3 ibid. — Landſeen, Kanäle (§. 5 ibid.), stagna. Stagnum iſt

1) Offenbar in ſo vorwiegend ſenkrechter Richtung (vergere, davon vertex), daß ein Privatanbauen darüber nicht ſtatthaft iſt. Buchſtäblich paßt die römiſche Uferbeſtimmung freilich auf das Flußthal bis zu den Spitzen der Berge aufwärts. Daß die Sache ſo nicht gemeint ſei, leuchtet ein.

nach §. 4 ibid.: quod temporalem contineat aquam ibidem stagnantem, quae quidem aqua plerumque hieme cogitur (friert). Temporalis aqua, wenn das stagnum publ. ſein ſoll, kann nur bedeuten: zeitweiſe zufließendes Waſſer. Der Nachdruck liegt auf contineat; das Waſſer hat keinen Abfluß und perennirt alſo im stagnum, falls die Maſſe ſo bedeutend iſt, daß das stagnum nicht durch Verdunſtung und Einſickern des Waſſers in den Boden zeitweiſe trocken liegt. [1]) — Im Ganzen iſt das Interdikt nachgebildet dem de via publica. §. 1 ibid. Nach §. 8 ibid. findet auch gemeine Viehtränke an den öffentlichen Gewäſſern ſtatt, ohne daß übrigens deßhalb, um das Vieh herantreiben zu können, der Privatmann eine Uferverändarung vornehmen darf. — Endlich iſt die Freiheit des gemeinen Gebrauchs zu Fiſchfang, [2]) wie aus §. 7 ibid. hervorgeht, mitunter durch den Staat, reſp. durch die Gemeinde aufgehoben, und die Befugniß ſelbſt wenigſtens an Landſeen und stagna, verpachtet worden. Durch dieſes Verhältniß rette-

1) Es gab auch ſchon bei den Römern Gemeindegewäſſer, analog den vicinales viae, welche nicht flumina publica genannt werden. Dieſe können keine perennirenden geweſen ſein; ihre poſitive Begriffsbeſtimmung iſt im örtlichen Herkommen zu ſuchen.

2) Fiſche genießen natürlicher Freiheit. Im Fiſchkaſten eingeſchloſſen, ſind ſie Gegenſtände des Privateigenthums; aus der Gewahrſam befreit, ſind ſie auf's Neue frei und werden derjenigen, der ſie fängt, eigen, ohne daß ſelbſt eine Obligation deſſelben erhellte, falls er nicht etwa erſt ſie befreit hat. Darum ſind folgende Verſe im Juvenal wol nur ironiſch, als recht draſtiſches Beiſpiel der unter Nero in's Große getriebenen und zum Kleinſten hinunterſteigenden Angeberei gemeint:

Juv. sat. 4 v. 46 sqq.: quis enim proponere talem
Aut emere auderet? quum plena et littora multo
Delatore forent: dispersi protinus algae
Inquisitores agerent cum retiaculo nudo,
Non dubitaturi fugitivum dicere piscem,
Depastumque diu vivaria Caesaris, inde
Elapsum, veterem ad dominum debere reverti.
Si quid Palphurio, si credimus Armillato,
Quicquid conspicuum, pulchrumque ex aequore toto est,
Res fisci est, ubicunque natat. —

Der Inhalt dieſer Delikatesſen iſt ein ſchamlos ungerechter. Mehr noch iſt die Schmeichlerkunſt darin zu bewundern; die Auffaſſung der römiſchen Monarchie! Komiſch iſt der, ſicher nach Analogie des servus fugitivus gebildete, fugitivus pisnis.

ten ſich die Pachter jene Freiheit, von welcher nun die Nichtpachter ausgeſchloſſen waren. Dieß drückt die römiſche Jurisprudenz dadurch aus, daß ſie ihnen das bei gemeiner Gebrauchsfreiheit Allen zuſtehende Interdikt gegen den Prohibenten als „utile“ giebt.

Das Privatgrundeigenthum kann erſt da beginnen, wo das Ufer des öffentlichen Gewäſſers, im oben bemerkten Sinne, aufhört. Aber jener Grund und Boden — Ufer in dieſem Sinne — ſteht ebenfalls im gemeinen Gebrauche, ſoweit die öffentlichen Nutzungszwecke des Gewäſſers dieß acceſſoriſcher Weiſe erfordern. So muß daher der Privatgrundeigenthümer z. B. das Anlegen des Schiffes, deſſen Befeſtigung durch Taue an Uferbäume, das Verladen der Waaren, alſo auch deren vorübergehendes Hinſtellen, den Leinpfad, das Trocknen der Fiſchernetze u. dgl. geſtatten. §. 4 I. r. d. 2, 1. l. 5 pr. ibid. 1, 8. Wird der Leinpfad durch den Staat dauernd hier angelegt und natürlich auch unterhalten: ſo kommt dieß praktiſch einer Expropriation ſehr nahe, und iſt jedenfalls mehr, als in der angeführten römiſchrechtlichen Eigenthumsbeſchränkung liegt; weßhalb ein Entſchädigungsanſpruch wird zugegeben werden müſſen. Keinem Zweifel kann dieß bei Flüſſen unterliegen, welche erſt ſchiffbar gemacht und von Staatswegen dem gemeinen Handelsverkehr übergeben worden ſind.

Unter den Regalien in feud. 2, 56 ſind genannt die öffentlichen Wege, die ſchiffbaren Flüſſe[1]) nebſt deren Nebenflüſſen, welche jene ſchiffbar machen, die Häfen, die „ripatica“, die Zölle (τελώνια). Da nun ein Privatweg über einen öffentlichen Fluß mit dem Acceſſionsbegriff nicht vereinbar iſt, ſo erſtreckt ſich die Regalität offenbar auch auf jede Paſſage über ſolchen Fluß, wie auf Brücken und Fähren. Zweifelhaft aber iſt der Inhalt des Regals. Zwar ſteht feſt, daß gemeinrechtlich die Cognition über auf ſolchen Paſſagen begangene Delikte zu dem landesherrlichen

1) Streitig iſt, ob hinſichtlich der insula nata im deutſchen Rechte noch die römiſche Lehre gilt (ſo z. B. der Sachſenſpiegel), oder aber dieſelbe in das Eigenthum des Stromherren fällt (ſo ein Urtheil König Adolf's vom Jahre 1294 und eine Reihe von Partikularrechten. Vgl. Leyser spec. 25 med. 4). Die Entſcheidung dieſer Streitfrage gehört noch nicht hierher; ſie iſt jedenfalls ſchwieriger als bei Anſchwemmungen, obwohl auch auf letztere hier und da der fiskaliſche Anſpruch durchgeſetzt worden iſt.

Gerichtsbann, nicht zu dem vaſallitiſchen gehörte — Hommel rhapsodia (1775) obs. 599 —: dagegen ſcheint aus dem Begriffe jener Regalität allein noch nicht zu folgen, daß, falls der Landesherr z. B. die Fährgerechtigkeit verpachtet hat, ſonſt Niemand Dritte für Geld überfahren dürfe. Denn auch auf des Königs Heerſtraße iſt dieß Niemandem verwehrt. Freilich ſchon gemeinrechtlich für die Krone monopoliſirt iſt die Fiſchereigerechtigkeit, aber dieſe als species venationis. Dagegen, was das Ueberfahren anlangt, ſo ſchließt das dominium regium über Heerſtraßen und öffentliche Flüſſe den usus publicus nicht aus. Nicht hierher gehört, daß das Waſſerſchöpfen aus öffentlichem Fluß Niemandem zu wehren iſt; wohl, daß gemeinrechtlich Jeder Mühlen an öffentlichen Flüſſen anlegen darf, wenigſtens die Regalität kein Hinderniß iſt. — Dem Fährpachter in obigem Falle wird daher nur eine Klage gegen den landesherrlichen Fiskus zuſtehen, wenn der Vertrag ein Monopol zu gewähren ſchien. — Die Waſſerzölle, welche den Privatüberſetzern aufliegen, berühren unſere Frage nicht; das Beſteuerungsrecht des Staates als Regal hat eine rein publiziſtiſche Natur.

Wenn übrigens die deutſche Rechtsbeſtimmung die „ſchiffbaren" Gewäſſer als öffentliche behandelt: ſo iſt dieß lediglich eine Rechtsvermuthung, nach beiden Seiten hin durch Gegenbeweis entkräftbar; d. h. ein nicht ſchiffbares Gewäſſer vermag öffentlich, und umgekehrt vermag ein ſchiffbares der gemeinen Gebrauchsfreiheit entzogen zu ſein. Letzteren Falls äußert ſich das ausſchließliche Recht des Einzelnen in dem Anſpruche auf Erhebung von Schifffahrtsabgaben, hier einem ächten Privatrechte. Daß eine polizeiliche Genehmigung zu Anlage von Brücken, Fähren, Mühlen u. dgl. an öffentlichem Gewäſſer erforderlich iſt, ſteht in vollem Einklange mit dem römiſchen Recht.

Der Staat „als Flußeigenthümer" iſt nicht ſchuldig, die Umwohner vor Ueberſchwemmung zu ſchützen, eventuell zu entſchädigen; es ſei denn, daß er durch Bauten den natürlichen Lauf des Fluſſes verſtärkte oder hemmte. Seuffert, Arch. I (1847), Nr. 2. Durch Art. 113 der Wiener Kongreß-Schlußakte vom 9. Juni 1815, nach welchem jedem Staate die Unterhaltung der Leinpfade und Beſorgung der für ungehinderte Schifffahrt nöthigen Arbeiten ob-

liegt, ſind nur die Staaten wechſelſeitig verbunden, zu Begünſtigung des allgemeinen Handels und Wandels alle Störung der Schifffahrt zu vermeiden; nicht berührt dadurch ſind die Rechtsverhältniſſe zwiſchen dem einzelnen Staat und ſeinen oder fremden Angehörigen.

Das preußiſche Landrecht ſtellt die Schifffahrt frei — L.-R. II, Tit. 15, §. 47; — nur wo ſie als Gewerbe zünftig iſt, müſſen die Mitbürger (des Ortes) ſich der Frachtſchifffahrt enthalten: §. 48. Das Flößen mit unverbundenem Holze auf ſchiffbaren Strömen bleibt, wie nach deutſchem Recht, Staatsvorbehalt: §. 49; aber auch das entgeldliche Ueberſetzen über ſolche Ströme: §. 50. 51, ſo zwar, daß über etwaige Privatbrücken Niemandem ein Uebergang zum Nachtheil der ſtaatlichen Zolleinkünfte geſtattet werden darf: §. 97. Die Unterhaltungspflicht öffentlicher Brücken kommt Denjenigen zu, welche daſelbſt den Strom nutzen: §. 53. — Nach §. 44 findet gemeiner Gebrauch des Flußwaſſers aus öffentlichen Strömen durch Schöpfen, Baden, Tränken ſtatt, auch zur Viehtränke (§. 45) und -ſchwemme, aber ſo, daß Jeder der bereits vorhandenen Tränk- oder Schwemm-Stätten ſich bedienen muß. Auch zu Privatgewerben darf Jeder den Fluß nutzen; nur nicht Abgänge in ſolchen Maſſen hineinwerfen, daß der Fluß erheblich verunreinigt, der Waſſerlauf gehemmt werde; dieß muß er auf ſeine Koſten wegſchaffen und verfällt in eine Geldſtrafe. Natürlich dürfen ohne ſtaatliche Erlaubniß Waſſerleitungen aus öffentlichen Strömen nicht geführt, Waſch- oder Bade-Häuſer daran nicht angelegt werden: §. 46. — Privatflüſſe (§§. 39. 40) kann der Staat gegen Entſchädigung ſchiffbar machen; ſie bleiben dann im Privateigenthum, dienen aber der gemeinen Schifffahrt: §. 41. Ebenſo kann er, ebenfalls gegen Entſchädigung, den Eigenthümer eines Fluſſes nöthigen, das Holzflößen freizugeben. §. 42. 43. — An der Spitze der ganzen Lehre ſteht der Satz (§. 38): „Die Nutzungen von Natur ſchiffbarer Ströme ſind Regal.“ Dieß gewinnt insbeſondere noch für den Fiſchfang (§. 73) Bedeutung, der alſo auch hier nicht im gemeinen Gebrauche ſteht. — Häfen, Meeresufer, „ſowie Alles, was die See hierher ausſpült und auswirft“, gehört ſchon nach deutſchem Recht dem Staat: §. 80. Jedoch begiebt der preußiſche Staat ſich des ſ. g. Strar

rechts, aber nur zum Besten der auf der See Verunglückten (und natürlich ihrer Erben), so daß (§§. 81. 86), falls kein Eigenthümer sich meldet, das Recht des Staates wieder hervortritt.

IV. Endlich benimmt das öffentliche Recht häufig ganzen Klassen von Rechtssubjekten die Eigenthumsfähigkeit über gewisse Arten von Sachen, oder entzieht zu Gunsten Privilegirter Sachen dem Handel oder der Zubereitung seitens der Uebrigen, oder verbietet lediglich die Ein-, Durch- oder Ausfuhr von Klassen von Sachen. Die privatrechtlichen Veräußerungs-Verbote und -Beschränkungen gewisser Sachen in gewissen Verhältnissen gehören unter die dem Eigenthume besonderen Beschränkungen. — Nach Ulp. l. 4, 1 fam. herc. 10, 2 kommen böse Tränklein und Gifte, sowie nach Paul. r. s. V, 23, §. 18, und 21, §. 4 verbotene (magische, vaticinatorum und mathematicorum) Bücher zwar in das judicium (d. h. stehen im Eigenthum, Miteigenthum, sind daher auch reell theilbar), aber der Richter darf hierin nicht den Mittler abgeben, da sein Amt ist, als bonus und innocens vir zu fungiren. Alle solche Sachen sind stracks zu vernichten. Jene Arten von Büchern darf Niemand bei sich haben, widrigenfalls die Bücher öffentlich verbrannt, ihr Besitzer außer der Konfiskation seines Vermögens mit Deportation auf eine Insel, ja als humilis persona mit dem Tode bestraft wird. Also nicht nur die Lehre, selbst die Kenntniß dieser Wissenschaften sollte prohibirt sein. Es bedarf keines besonderen Nachweises, daß diese u. ä. Bestimmungen keine Anwendbarkeit mehr haben; sie sind rein staatsrechtlicher Natur, und so sehr Aehnliches h. z. T. aus modernen Polizeirechten fließen kann, so wenig sind obige Grundsätze dann zur Norm zu nehmen.

§. VIII. Veräußerungsbeschränkungen:

a) durch Vertrag.

§. 1. Welche Sachen extra commercium sein, bestimmt das Rechtsgesetz, wie der Privatwille allein und unmittelbar. Eben darum kann der Eigenthümer seine Veräußerungsbefugniß nie mit dinglicher (wohl mit obligatorischer) Wirksamkeit eines ihn dergestalt bindenden Vertrags aufheben oder schmälern. Dieß ist so zu verstehen:

Niemand kann über eine fremde Sache ein Servitutenrecht des Inhalts haben, daß die Sache dem Eigenthume nach unveräußerlich sein soll.

Zwar stellt Justinian in c. 7 rr. ad. non alienand. 4, 51 gesetzliche, testamentarische und vertragsmäßige Veräußerungsverbote anscheinend auf gleiche Stufe und stattet sie mit der Wirkung aus „dominii alienationem esse prohibendam", so daß auch dingliche Belastung präsumptiv dann nicht statt habe: — indeß, wenn sich gleich nicht annehmen läßt, hier sei an die mögliche obligatorische Wirkung gewillkürten Veräußerungsverbots gedacht, so kann der Kaiser doch nur den Fall der Eigenthumsübertragung unter der auflösenden Bedingung späterer Weiterveräußerung meinen, und in diesem Falle erwächst kein extra commercium esse der Sache, kein Servitutenrecht obigen Inhalts, sondern eventuell nur ein Heimfall des Eigenthums. So streitet die Stelle nicht gegen Pomp. l. 61 pp. 2, 14: Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum (nämlich: der bereits sein war) dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat; aut ne vicino praedium alienet. Denn damit ist zu verbinden Justinian's c. 9 pp. inf. empt. 4, 54: Si quis .. paciscatur .. ut novo domino nullo modo liceat in loco .. monumentum extruere vel alio modo humano jure eum eximere, sancimus, licet hoc apud veteres dubitabatur, tale pactum .. immutilatum permanere. — Daß der Nebenvertrag zugleich die Eigenthumsübertragung hier bedingt habe, davon lesen wir Nichts; von eventueller rei vindicatio ist nicht die Rede. Andererseits steht also die Stelle der Möglichkeit solcher Bedingung auch nicht im Wege. — „Fortisan" — vgl. das „forte" in l. 6 pr. serv. export. 18, 7 — „enim multum eius intererat, ne ei vicinus non solum quem" — nämlich der Veräußerer — „nollet aggregaretur" — gradeso gültig muß also der Nebenvertrag sein, daß der Veräußerer einzuwilligen habe zu der Person eines Aftererwerbers — „sed etiam pro quo specialiter interdictum est" — Titius soll daselbst nicht begraben, ihm kein Denkmal gesetzt werden dürfen u. dgl. — „Quum enim .. alienator non alia lege jus suum transferre passus est nisi tali fretus conventione:

quomodo ferendum est, aliquam captionem ex varia pati eum interpretatione?“

Der berührte ältere Zweifel bezog sich gerade darauf, ob ein Interesse nothwendig sei. Dieß konnte ein natürliches sein; Affektionsinteresse galt als genügend. Man konnte es aber auch durch Conventionalstrafe künstlich schaffen. Paul. l. 11 rel. 11, 7. Dort erwuchs die Klage aus dem Hauptgeschäft, hier aus der Stipulation. Die Ansicht, daß Interesse erfordert werde, hatte Papinian noch anfangs, bis ihm eine Stelle im Sabinus auf bessere Gedanken brachte, die er in l. 6, 1 serv. export. 18, 7 bekennt und deren Resultat von Justinian angenommen ist. Danach liegt ein Interesse stets vor, und zwar wird dieß für den Fall des Verkaufs so ausgedrückt: „hoc minoris res venisse videtur.“ Für unentgeldliche Zuwendungen — Schenkung, Legat u. dgl. — reicht der Gesichtspunkt des modus aus, liegt das Interesse in dem eventuellen Condiktionsrecht des Gegebenen. C. 3 ob c. dat. 4, 6: „Ea lege in vos collata donatio, ut neutri alienandae suae portionis facultas ulla competeret, id efficit“, — nämlich es folgt streng genommen die Wirkung vielmehr der lex — „ne alteruter vestrûm dominium prorsus alienet, vel“ — gleich „oder aber“, nämlich mit Bezug auf das unten Folgende: im Fall der Verletzung des Modus — „ut donatori vel eius heredi condictio, si non fuerit condicio“ — hier im weitern Sinne, den Modus einschließend; von eventuellem Eigenthumsrückfall war Nichts gesagt — „servata, quaeratur.“

Es ist also der Satz zuzugeben, daß Vorbehalte irgend welcher Art bei Eigenthumsübertragung, wie bei Rechtsübertragung überhaupt, eines besonderen Nachweises von Interesse überall nicht bedürfen. Ist der Vorbehalt bedingend gestellt, so wirkt seine Verletzung Rückfall des Uebertragenen; [1]) nur so kann c. 5 si manc.

1) Cf. Klock consil. tom. III cons. 124 Nr. 109: Prohibitio conventionalis de non alienando, inter vivos facta, non impedit dominii translationem, nisi res ipsae pro observantia huius conventionis obligatae et hypothecae suppositae fuerint. — Aber die Hypothek steht dem Eigenthumsübergange nicht im Wege. Vgl. auch Lauk in der Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proz. II. Aufl. Bd. 5. S. 17 a. E. — Klock's wahre Meinung scheint die auch in das preußische L.-R. I, 4 §. 19 übergegangene zu sein, daß der Ein-

ita fuerit alien. ut manumitt. v. contra 4, 57 erklärt werden, wonach Sklaven, deren Verkauf die Vertragsbestimmung an sich trug, daß sie nicht freigelassen werden sollten, trotz einer faktischen Freilassung nicht frei werden. „Neque enim condicio, quae personae eius (mancipii) cohaesit, immutari facto eius, qui ea lege comparavit potest.“ Der Beisatz „quae pers. eius coh.“ charakterisirt hier die Bedingung als eine ächte, denn da persona servi gleich res ist, so konnte der dingliche Vorbehalt, die eventuelle in servitutem petitio, als rei vindicatio seitens des ersten Verkäufers nicht treffender bezeichnet werden. Vgl. im Ganzen a Wernher (ed. 1756) sel. obs. p. II obs. 372.

§. 2. Manche Rechtslehrer nehmen an, der Pfandgläubiger könne mit dem Verpfänder, als dem Sacheigenthümer, den Vertrag mit dinglicher Wirksamkeit schließen, daß Letzterer nicht veräußern dürfe. Daß der Pfandgläubiger durch solche Wirkung des Vertrags gegen mancherlei Eventualitäten sich schützt, ist richtig. Dennoch muß jene Ansicht verworfen werden, weil sie das extra commercium esse der Sache auf reine Privatwillkühr hin zuläßt. Indeß auch ein Quellenzeugniß bringt sie bei: l. 7, 2 distr. pign. 20, 5.: Marcian. sing. ad. form. hyp.:

Quaeritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit; et an pactio nulla sit talis, quasi contra jus sit posita, ideoque veniri possit? Et certum est, nullam esse venditionem ut pactioni stetur.

Doch wie stimmt diese Auslegung der Stelle zu der quellenmäßigen Regel „nemo paciscendo efficere potest ne praedium alienet?“ Diese so sich ergebende Antinomie wurde sehr frühe bemerkt, und beginnen nun die Konjekturen,[1]) welche dazu führen sollen, einen

trag des vertragsmäßigen Veräußerungsverbots in das Hypothekenbuch demselben dingliche Kraft verleihe. So widerstreitet sie aber dem römischen Prinzipe durchaus. Der zu Grunde liegende Irrthum ist dann, daß die Kenntniß des Dritterwerbers von dem pactum de non alienando diesen ex capite doli haftbar stelle. Jener Eintrag führt aber zur Rechtsvermuthung der Kenntniß. Indessen ist nicht einzusehen, wie ein Vertrag Dritte verpflichten solle, welche ihn nicht mit abgeschlossen haben; trotz der Kenntniß mag der Dritte sagen, der Vertrag berühre ihn nicht, wo er die Sache erwerbe.

1) Vgl. Bachofen ausgewählte Lehren (1848) S. 177. Die unten angeführte Doppelkonjektur soll übrigens vorflorentinische Handschriftlichkeit sti

ganz anderen Sinn unterzulegen. So wird, anfangs der Stelle, ſtatt „creditore .. debitori“ geleſen „debitore .. creditori;“ oder, am Schluſſe, ſtatt „venditionem .. pactioni“ „pactionem .. venditioni.“ Innere Gründe, dieſe Lesarten zu verwerfen, ſind noch nicht haltbarer Weiſe vorgebracht; aber es widerſtreitet ihnen auch die Autorität der Baſiliken. Wir ziehen daher eine Auslegung der Stelle vor, welche, ſo nahe ſie liegt, uns neu zu ſein ſcheint, dabei weder der Rechtskonſequenz, noch dem handſchriftlichen Texte widerſtreitet:

„Falls der Gläubiger mit ſeinem Schuldner übereinkam, daß es dieſem nicht freiſtehen ſolle, Diſtraktion eines Pfandes“ — durch einen Dritten, Schuldner jenes Schuldners, dem Letzteren beſtellt — „vorzunehmen: ſo iſt ſolche Uebereinkunft nicht nichtig, wie eine dem objektiven Rechte zuwiderlaufende“ — wie das gewöhnliche pactum de dominio non alienando —: „ſondern es iſt die Zuwiderhandlung nichtig.“ — Der Verkauf iſt nichtig, ſoweit derſelbe das Uebereinkommen verletzt, alſo: als Veräußerung.

„Hypothecam vendere vel pignus“ iſt der genaueſte Ausdruck für Pfanddiſtraktion. Veräußerung ſeitens des Sach-Verpfänders würde heißen müſſen „res pignoris hypothecaeve jure creditoribus obnoxias alienare“; ſo z. B. in c. 10 remiss. pign. 8, 26. — Alſo ſcheint Nichts in die Stelle hineingetragen. Dieſelbe enthält ſomit ein Pfand am Pfande, in eigenthümlichen Ausdrücken beſtellt, welche den Schein rechtlicher Unzuläſſigkeit des Ganzen, und zwar durch die Analogie des Eigenthums, darboten.

§. IX. b) durch letztwillige Verfügung.

§. 10. Was vom vertragsmäßigen, daſſelbe gilt vom letztwilligen Veräußerungsverbot, da auch dieſes

---

ſich haben. Vgl. Savigny Geſch. d. R.-R.'s im M.-A. II. Ausg. Bd. III Anh. 8. S. 726. Nr. 63. Puchta Curſus der Inſt. §. 241. Not. l. Hier iſt auf's Neue der Verluſt dieſer Handſchriften durch den Einfluß der Florentina zu beklagen. Jene Handſchriftlichkeit zugegeben, bleibt immer noch die Frage ungelöst, wie der Originaltext gelautet habe; ja, die Vermuthung der Richtigkeit wird auf Seite der Baſiliken ſein, hier wo ſie mit allen vorhandenen Handſchriften übereinkommen. Die verdrängten Handſchriften mögen leicht ſchon den „unrettbaren“ Text haben beſſern wollen.

auf Privatwillen unmittelbar beruht. Demnach, ist einer Erbeinsetzung oder einem Vermächtniß die Bedingung des Nichtveräußerns gestellt, so erwächst dem Mit- oder Nach-Erben, resp. dem Belasteten, eventuell rei vindicatio — s. g. dominium revocabile ex tunc. — Aber auch abgesehen von Bedingung, wirkt das bloße Veräußerungsverbot, falls darin ein eventuelles Vermächtniß an einen Dritten liegt, durch Kraft des Vermächtnisses, immer Eigenthum des Erblassers vorausgesetzt, eventuelles Eigenthum des Dritten. In der Veräußerung fällt das Eigenthum des Veräußernden zusammen.

Wirkte das letztwillige Veräußerungsverbot als besondere dingliche Last, servitutenähnlich, so ist nicht abzusehen, warum, wie z. B. in l. 4, 1 cond. inst. 28, 7 — vgl. Vering comm. ad h. l. (diss. inaug.), Heidelb. 1856 — der Erblasser dem Erben dieß Verbot in Form der Bedingung stellt, da doch, falls keine Mit- oder Nach-Erben da sind, jene Bedingung aus Mangel an Interessenten — die Intestaterben sind durch die Unverträglichkeit der beiden entgegengesetzten Delationsgründe ausgeschlossen — auch nicht durch Stellung der muzianischen Kaution erfüllt zu werden braucht.

§. 2. Dagegen bestätigen sich die aufgestellten Sätze z. B. auch an der römischen Behandlung des Familienfideikommisses. Wenn also, nach Marzian, l. 114, 15 — 18 leg. I, der Treue des Erben anvertraut wird, daß er das Grundstück nicht veräußere, sondern in der Familie belasse: so erwächst die fideicommissi petitio den Familiengliedern, sobald das Grundstück aus der Familie veräußert ist. Papin. l. 69, 3. leg. II. Bricht Vermögensverkauf Konkurses halber über den Fiduziar aus, so kann der Ersteigerer des Familienfideikommißgutes dasselbe nur so lange behalten, als Jener es ohne den Verkauf würde behalten haben, muß es also bei dessen Tode herausgeben: §. 1 ibid. — Von besonderer Bedeutung für uns aber ist, daß nach Ulpian l. 120, 1 leg. I die Einwilligung aller Fideikommissare zur Veräußerung jede fideic. petitio für immer ausschließt. [1] Denn hier-

1) War also z. B. ein Garten vom Erblasser als Familienbegräbnißplatz gestiftet, so war der Ort, soweit noch keine Todten eingebracht waren,

aus erhellt, daß der Wille des Erblassers, rein als solcher, die Veräußerung nicht für die Zukunft inhibiren kann. Indessen liegt auch schon im Familienfideikommiß die Gefahr, daß die Sache, vielleicht auf immer, thatsächlich einer durch Rechtssatz extra commercium erklärten nahe komme. Darum soll sie nach Nov. 159, Kapp. 2. 3 freies Gut werden bei Eintritt der vierten Generation. Die Frage, ob diese Bestimmung der Nov. h. z. T. anwendbar sei (vgl. Mynsinger [ed. 1697] cent. 6 obs. 64) erledigt sich durch die Betrachtung, daß das römische Familienfideikommiß überhaupt nie in Deutschland Eingang fand, da es im Gegensatze zu dem voll und reich aus deutschrechtlichem Boden entsproſſenen Familienfideikommiß doch nur eine verkümmerte Gestalt selbst bei den Römern hat, offenbar durch das Uebergewicht der Interessen des Staates über die der Familie. Ihering, Geist des röm. Rechts, Th. II (Leipz. 1854), §. 33, S. 238. Gerber in den Jahrb. f. Dogmatik I (Jena 1856), Nr. 2.

§. 3. Nach Papinian l. 54 SC. Trob. 36, 1 kann beim fideicommissum eius quod superfuturum erit das mittlerweile Veräußerte dann nicht eingefordert werden, wenn die Veräußerung erweislich nicht geschah, um das Fideikommiß zu untergraben. Daß die Klage hier stets nur eine persönliche sei, beweist z. B. l. 58, 8 ibid. Letzteres kann auch an sich nicht durch die justinianeische Gleichstellung aller Arten von Vermächtnissen geändert sein, denn der Gegenstand unsres Vermächtnisses ist nur die eventuell übrigbleibende Summe von Vermögensgeldwerth. Nur darauf geht hier die cautio legatorum servandorum causa. Insbesondere kann dieser Fiduziar seine eignen nöthigen Ausgaben durch Veräußerung von Erbschaftssachen decken, sofern er sein eigenes ursprüngliches Vermögen dabei gleichmäßig mit in Betracht zieht. — Aber es liegt in jenem Fideikommiß auch entschieden kein Veräußerungsverbot der Einzelsachen. Hierin bildet den Gegensatz das

durch Einwilligung aller Familienglieder veräußerlich. Das konnte der Erblasser nur durch obrigkeitliche Bestätigung seiner Stiftung unter Autorisation der Priester abwenden, so daß etwa diese eventuell eine vorausangedrohte Geldstrafe einforderten, oder der Ort der Gemeinde verfiel. Vgl. Orelli inscriptt. lat. sel., insbesondere Nr. 4425. 4427. 4430. Eine Privatstiftung eines Gemeindekirchhofs siehe ebend. Nr. 4404.

einfache Universalfideikommiß, aus welchem konsequenter Maßen eine dingliche Klage gegen den dritten Erwerber erwächst.[1]) Vergl. c. 3, § 3 comm. de leg. 6, 43, insbesondere § 3 i. A. vv. „fideicommissum universitatis vel speciale."

Korrektorisch zu der bisher dargestellten Lehre vom Ueberschuß-Fideikommiß verhält sich (v. Bülow und Hagemann prakt. Erörterr. V. 1809, No. 50) Nov. 108 Kap. 1, wonach wegen der praktischen Unsicherheit des bisherigen Prinzips ein Viertheil dem Honorirten unangetastet verbleiben soll,[2]) so daß bei Ueberschreitung und nachheriger Zahlungsunfähigkeit des Belasteten die dinglichen Klagen dem Honorirten ganz wie einem Spezialvermächtnißnehmer zustehen. Kap. 2. Der Erblasser kann die deßfallsige Kaution erlassen. Auch erscheint jenes Viertheil nicht als zwingend für den Willen des Erblassers, kann formlos, selbst stillschweigend, z. B. durch Einräumung vollster Veräußerungsfreiheit, seinerseits erlassen werden. Man darf also hier kein argumentum a contrario ziehen aus dem Ausdrucke der Novelle, daß der Erblasser die Kaution erlassen könne; vgl. auch die gesetzgeberische ratio am Schlusse von Kap. 2. Nur soviel wird zugegeben werden

1) Ob Letzteres schon nach c. 1 comm. de leg. 6, 43 der Fall sei, bleibt zweifelhaft. Dagegen Seuffert (E. A.), das ges. Veräußerungsverbot b. Vermächtn. Inaug.-Abh. 1854. Daß in der Constitution „immer nur von einzelnen vermachten Sachen die Rede" sei, kann ich darin nicht ausdrücklich finden; wol aber den Ausdruck „omnibus legatariis vel fideicommissariis", auf den ich übrigens auch kein Gewicht legen will. Daß die Universalrestitution mittelst einer persönlichen Klage gefordert wird, beruht in der nicht zu läugnenden Obligation des Fiduziars; letztere aber steht der Annahme eines sofortigen Eigenthums des Fideikommissars über Einzelsachen nicht im Wege. Jedes Detentionsverhältniß z. B. beruht auf einem solchen Zusammentreffen. Andererseits schadet die Nichterfüllung der persönlichen Schuld des Fiduziars dem Universalfideikommissar Nichts; ja, es tritt dann die Unmittelbarkeit (gleichsam: Dinglichkeit) seines Rechts offen zu Tage, und wir dürfen dieß im justinianeischen Rechte nicht für eine Ausnahme, sondern müssen es für den Schlußstein in der Rechtsgeschichte vom Universalfideikommiß halten.

2) Daß aus den übrigen drei Viertheilen der Belastete selbst verschenken dürfe, erscheint uns mit a Pufendorf tom. II (ed. 1779) obs. 87 §. 1 als die wahre Meinung des Gesetzgebers, die übrigens einen rein dispositiven Charakter im Verhältniß zu dem Willen des Erblassers hat (id. ibid. §. 3).

müſſen, daß, falls der Erblaſſer auch das Viertheil nachließ, das jus vetus gilt, in fraudem fideicommissi Nichts gültig veräußert werden kann; denn der Wille des Erblaſſers in Anordnung des Fideikommiſſes, ſomit auch die ſchuldige Treue des Fiduziars, beſteht und darf nicht illuſoriſch gemacht werden. Vgl. auch Seuffert Arch. II (1849) Nr. 74. — Der Belaſtete darf auch das Viertheil angreifen zu ſeinen nothdürftigen Ausgaben, falls er außerdem keine Mittel beſitzt; dann fällt auch inſoweit die beſtellte Caution zuſammen. — Der Viertheilsanſpruch führt zu der Pflicht des Belaſteten, ein Inventar zu exhibiren. Seuffert a. a. O. V (1852) Nr. 208. — Iſt bei des Fiduziars Tode über ein Viertheil übrig, ſo gelten deſſen letztwillige Verfügungen hierüber nicht. Hommel rhapsodia (1775) obs. 659 — Es giebt zu Gunſten des Fiduziars eine trebellianiſche Quart und kumulativen Pflichttheil nur, inſoweit er nicht ſchon durch Veräußerungen von der ganzen Erbſchaft dieſelben gezogen hat. Arch. f. Civ.- u. Crim.-R. der preuß. Rheinprovv. Bd. 18 (1833) Abth. II A S. 3—7.

§. 4. Jedes letztwillige Veräußerungs- — Verpfändungs-, Scaev. l. 38, 4 l. 93 pr. leg. III — Verbot ohne Grundangabe, falls Niemand erhellt, zu deſſen Gunſten dieß verfügt iſt, iſt unzweifelhaft unwirkſam, gleichſam „nudum praeceptum.“ Denn die Erblaſſer, ſagt Marzian l. 114, 14 leg. I, „talem legem testamento non possunt dicere.“

Es iſt alſo zum Schluſſe noch der Fall des letztwilligen begründeten Veräußerungsverbotes, ohne bedingende Kraft, ohne Vermächtniß in's Auge zu faſſen.[1]) Dieß ſoll hier geſchehen an einem Reſkript Alexander's (c. 2 usuc. pro emptor. 7, 26): Si contra defuncti voluntatem servos, quos propter perfectae artis peritiam heredibus suis defunctus servari testamento praecepit, tutores vendiderunt, usucapi (vom dritten Erwerber) non potuerunt.

Gegen die Unterſtellung Böcking's § 145, Not. 35, die Vormünder hätten ohne Dekret verkauft: daher die Nichtigkeit, entſcheiden folgende Gründe:

1) Rechtswiſſenſchaft und Rechtsanwendung ſtimmen heutzutage ein, daß die Unwirkſamkeit des erblaſſeriſchen Verbotes durch Grundangabe nicht gehoben werde. Vgl. auch Seuffert Arch. III (1851) Nr. 302.

1) Es sind offenbar obige Sklaven keine rustica mancipia, also war Dekret zu Alexander's Zeit unnöthig. Im Zweifel aber verdient diejenige Auslegung den Vorzug, welche für Interpolation nicht vermuthet. —

2) Allerdings sagt das Reskript Nichts von Erwirkung des Dekrets, aber ebensowenig stützt es die dingliche Nichtigkeit der Veräußerung auf dessen Fehlen. —

3) Vielmehr behauptet es die dingliche Nichtigkeit unbeschränkt. —

4) Demnach kann der Nichtigkeitsgrund nur in dem Veräußerungsverbot des Erblassers gesucht und gefunden werden; —

5) hat dieß Veräußerungsverbot seinen guten, im Reskripte angegebenen Grund.

Näher betrachtet, raubt der Erblasser auch gar nicht dem Eigenthümer die Veräußerungsbefugniß, nur dessen Vormunde. Der unmündige Eigenthümer kann ohnedieß nie veräußern; der Erblasser konservirt ihm lediglich sein Eigenthum; mündig geworden, kann Jener veräußern. Der Erblasser eximirt die Veräußerungsbefugniß aus dem officium tutoris, den er vielleicht selbst bestellte. Wäre der Grund des Erblassers kein zu billigender, so kann der Magistrat offenbar der letztwilligen Anordnung die Anerkennung, den offiziellen Schutz versagen, da ein Vermächtniß, jus quaesitum eines Dritten, nicht vorliegt. Arg. l. 7 i. f. ann. leg. 33, 1. Pomp. — Für den in jenem Reskript gesetzten Fall freilich ist die spätere gemeine Rechtsvorschrift bereits entscheidend, welche jede Veräußerungsbefugniß dem Vormunde allein i. d. R. entzieht, im Einzelfalle obervormundschaftliches Dekret fordernd. Aber dennoch liegt in der Stelle ein für uns durchaus brauchbarer Rechtsgrundsatz ausgesprochen:

Letztwillige Anordnungen verdienen und erhalten den Schutz der Gesetze, die amtliche Hülfe des Richters, gelten als Rechtszustände begründend, dann, wenn trotz Mangel eines unmittelbaren Interessenten, die wohlbegründete Verordnung zu erlassen, aus der rechtlichen Macht des Disponenten zu fließen scheint. — Diese rechtliche Macht ist in unserer Stelle die der Uebertragung des Schutzrechtes über sein zeitheriges Hauskind. Wie er als Vater den Vormund ernennen kann, so mag er ihm auch vollwirksam Ein-

zelnes vorschreiben. Haben wir gleich h. z. T. nur noch Dativtutoren, so werden nichts desto weniger die väterlichen Bestimmungen hinsichtlich des Vermögens so lange gelten, als sie nicht durch anderweite obervormundschaftliche Anordnungen entkräftet sind. Scheinen sie dem Interesse des Mündels zu widerstreiten, so hat der Vormund den Fall der Obervormundschaft vorzulegen. Im Ganzen aber ist die Vormundschaft ein Schatten der väterlichen Gewalt, und die Gewalt des Vormunds ein Abglanz des väterlichen Willens und der väterlichen Willensmacht. Besser kann der Vormund nicht des Mündels walten, als ein wohlgeordneter Vater des leiblichen Kindes denken und dessen wahres Interesse erkennen und aussprechen wird, besser als alle Kollegien der Welt — so lange die Umstände nach des Vaters Tode nicht wesentlich andere wurden.

Es erhellt hieraus, daß die Stelle nicht die Gültigkeit letztwilliger Veräußerungsverbote durch Grundangabe und Richtigkeit des Grundes, sondern die Fortdauer hausväterlichen Willens im Surrogate väterlicher Gewalt, in der Vormundschaft, ausspricht und anerkennt. Ihre eigentliche Bedeutung gewinnt sie daher im Familienrechte.

§. X. c) durch Richterspruch.

Wird die Veräußerung einer Sache durch den Richter verboten, so setzt die Gültigkeit dieses Verbots dessen Uebereinstimmung mit einer deßfallsigen gesetzlichen Vorschrift voraus; das gültige Verbot hat dann die Wirkung eines unmittelbar gesetzlichen Veräußerungsverbots.

Es ist nicht richtig, die Aufstellung dieser besonderen Klasse von Veräußerungsverboten zu verwerfen — vgl. z. B. Lauk in der Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proz. II. Aufl. Bd. V S. 3. Das Gesetz ist hier Norm für den Richter, regelt nicht selbst die Privatrechtsverhältnisse; unterläßt der Richter, entgegen dem Gesetz, das Verbot auszusprechen, so besteht dasselbe nirgends. Andrerseits geht der genannte Schriftsteller zu weit und scheint sich selbst zu widersprechen, wenn er annimmt, ein privatgewillkührtes Ver-

äußerungsverbot könne durch den Berechtigten, falls dieser von bevorstehender Veräußerung Kunde erhalte, mittelst gerichtlichen Antrags zum richterlichen verstärkt werden. Im Gegentheil, es bleibt der Richter auf die gesetzlichen Gründe beschränkt. Er am wenigsten kann und darf die Macht der Privatwillkühr auf ein gesetzlich unerlaubtes Maß emporheben.

Die richterlichen Veräußerungsverbote dienen in der Regel dazu, eventuelle Ansprüche Dritter reell sicher zu stellen, reihen sich somit dem Zwecke nach den effektiv bestellten Realkautionen an die Seite, sollen z. T. auch Contumaz brechen. Vgl. z. B. Paul. l. 8 pollicit. 50, 12. Jul. l. 7, 5 pro emptore 41, 4. Auch der prätorischen prodigi interdictio bonorum ist der Gedanke an die eventuellen Ansprüche der Familie nicht fremd; Rücksichten der Moral durchbrechen hier die privatrechtliche Willensfreiheit und Vermögenssouveränetät. Uebrigens beschränkt sich die Interdiktion nicht auf ein Veräußerungsverbot; die gesammte Verwaltung geht in dritte Hände über. Vgl. Paul. r. s. III, 4 A, §. 7: tibi ea re commercioque interdico.

Ersitzung ist eine Art Veräußerung von der andern Seite — Paul. l. 28 pr. v. s. 50, 16. Tryph. l. 16 fundo dot. 23, 5. Const. c. 1 Theod. cod. b. mat. 8, 18 = c. 1 Just. cod. ibid. 6, 60. Das Unveräußerliche muß daher auch unersitzbar sein. Dennoch gibt es richterliche Veräußerungsverbote, trotz deren der gutgläubige, d. h. um das Verbot unwissende, Drittermerber ersitzen kann. Ein solcher Fall ist auch, per argumentum a contrario, in l. 12 u. et u. 41, 3 von Paulus zu finden:

Si ab eo emas quem Praetor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes.

Das Gegentheil müßten wir annehmen, falls hier stände: Si id emas quod Pr. v. alienari; dann nämlich würde das objektive Verbot objektive Unersitzbarkeit begründen. Dieselbe Unterscheidung, als eine einfache Auslegungsregel, kann auch bei gesetzlichen Veräußerungsverboten, je nach dem Wortlaut der betreffenden Gesetze, gezogen werden.

Eine Rolle in unserer Literatur hat der auch in Girtanner's Sammlung als Nr. 167 der zweiten Auflage aufgenommene Rechtsfall gespielt. Hier ist ein Moratorium beantragt; das

Gericht ladet die Gläubiger edictaliter und verbietet zugleich jede Faustpfandsveräußerung. Ein solcher Faustpfandgläubiger, welcher laut Pfandvertrags nach Verfallzeit sofort veräußern durfte, meldet sich nicht, sondern veräußert. Mittlerweile war das Moratorium bewilligt. Der Massekurator klagt gegen ihn; vor Austrag der Sache wird das Moratorium wieder zurückgenommen, der Schuldner in die Verwaltung seines Vermögens wieder eingesetzt. — War die Veräußerung gültig? Distrahent hat von den Gläubigern keine Anfechtung mehr zu leiden; es frägt sich, ob das Veräußerungsverbot nur relativ, d. h. nur zu Gunsten der Gläubiger wirkt, oder absolut, d. h. auch zu Gunsten des Schuldners. Abgesehen davon, daß aus unerlaubter Handlung Niemand Vortheil ziehen darf — was hier nicht ganz zutrifft, quia creditor suum potius recepit: — ist das Verbot offenbar auch zu Gunsten des Schuldners, provisorisch gleichsam dasselbe, was definitiv ein bewilligtes moratorium bedeutet. Man kann vielleicht sagen, durch den Zeitpunkt der Edikkalzitation werde das zu bewilligende Moratorium litigiös. Aber es bedarf gar nicht der Beiziehung der Analogie eines gesetzlichen Veräußerungsverbotes. Vielmehr ist die Nichtigkeit der Zuwiderhandlung gegen das richterliche Verbot um Nichts weniger eine absolute, weil das Verbot etwa um eines Einzelnen willen erlassen wurde; Grund und Sinn sind zweierlei, und ist der Sinn nicht um des Grundes willen zu restringiren. Zugegeben also, die Veräußerung war nur um der Creditorenschaft willen verboten: so vindizirt hernach der Schuldner lediglich auf Grund seines Eigenthums, welches ihm, damit die Gläubiger gesichert seien, durch die Veräußerung nicht sollte entzogen werden können.

§. XI. d) durch Gesetz.

§ 1. Wahrhaft dinglich wirkt das gesetzliche Veräußerungsverbot.

Der gutgläubige Erwerber findet seine Entschädigung nur mittelst persönlicher Klagen, deren detaillirte Natur nicht hierher gehört. Lic. Ruf. l. 70 contrah. e. 18, 1. Selbst die Kaufklage wird ihm so gegeben, auf das Interesse, daß er in seinen rechtlich begründeten Erwartungen auf Haben und Behalten der Sache (ob-

jektiv) getäuſcht iſt: Mod. l. 62, 1 ibid., was einer Entwährung im Fall veräußerlicher aber nicht dem Verkäufer zugehöriger Sache obligationsmäßig gleichkommt: Jul. l. 39, 3 ev. 21, 2. Doch iſt der Käufer keineswegs dem Verkäufer gegenüber ſchuldig, von dieſem Rechte Gebrauch zu machen; ſo ſehr die Verkaufobligation beſteht — arg. l. 4—6 pr. contrah. e. 18, 1 —: ſo wenig iſt der Käufer den Preis ſchuldig bei der uranfänglichen abſoluten Unmöglichkeit der Leiſtung der Waare. Er mag daher vorziehen, die Urgirung des nicht gehaltenen Verſprechens zu unterlaſſen, ſich auf den Standpunkt der bona fides nicht zu ſtellen, ſondern den bereits gezahlten Preis als einen sine causa gegebenen zu kondiziren: l. 22—24 ibid. Gegen dieſe Möglichkeit ſtreitet zwar Brandis in der Zeitſchr. f. Civ.-R. und Proz. II. Aufl. Bd. VII. S. 183. Aber die Nichtigkeit des Kaufs folgt ziviliſtiſch aus der Unmöglichkeit der Leiſtung der Waare. Natürlich, iſt das geſetzliche Verbot weggefallen, wie z. B. durch Einwilligung des Prozeßgegners bei res litigiosae u. dgl. — vgl. Friedr. Mommſen Beiträge zum Obl. R. I. § 3, 1853 —: ſo iſt auch der Erwerber wirkſam zu verpflichten, ohne daß darin Zweifelgründe gegen die Richtigkeit der Annahme jener Unmöglichkeit lägen.

Mag das geſetzlich Unveräußerliche verkäuflich ſein, veräußerlich iſt es nicht. Arg. Ulp. l. 67 pr. v. s. 50, 16. Das tradere zu vertragsmäßiger Erfüllung der Verkaufspflicht iſt über ſolche Sachen freilich ebenſo unmöglich wie das dare: arg. l. 34, 1 contrah. e. 18, 1. Auf ſpäter möglichen Wegfall des Verbots kann nicht reflektirt werden, denn das iſt eine Verletzung desjenigen objektiven Rechts, welches den Vertrag zeitlich beherrſcht: § 2 ibid. cf. l. 103 v. o. 45, 1.

Geſetzliche Veräußerungsverbote entziehen die Sache dem commercium inſoweit, daß ſie dinglich unveräußerlich, unverpfändbar, unbelaſtbar überhaupt wird. Marcian. l. 1, 2 quae res pign. 20, 3 cf. Scaev. l. 38, 4 (l. 93 pr.) leg. III. Der Erwerber ſolcher Sachen hat auch keine Publiciana actio, weil der Prätor nie entgegen den Geſetzen ſeinen Schutz leiht. Paul. l. 12, 4 Publ. 6, 2. Aus dem gleichen Grunde wird, ſelbſt gegen des Veräußrers Eigenthumsklage, exceptio doli mit peremptoriſcher Kraft verſagt

werden müſſen;[1]) nur wegen der Beweisfrage kann man hier von replicatio doli reden, vorbehaltlich der duplicatio auf Grund einer eingetretenen Konvaleszenz der Veräußerung, wie z. B. wenn der veräußernde Vormund hernach Erbe des Pupillen wird. Daß wegen begründeter Konnexität die Retentionseinrede auch bezüglich des gezahlten Preiſes der Vindikation des Veräußerers entgegen ſtehe, iſt als Regel nicht zu bezweifeln. Vgl. v. Bangerow § 299 Anmerk. No. 1. Die Praxis iſt hinſichtlich unſrer Frage zweifelhaft, — vgl. Seuffert Arch. VI. (1853), 217. 231, — neigt ſich aber für den Fall, daß der Eigenthümer den Veräußerer beerbt, zu Gewährung vollwirkſamer doli exceptio gegen die Eigenthumsklage, wogegen obige ratio ſtreitet. Aus welchem Grunde ſollte auch die Veräußerung zu Kräften kommen, wenn z. B. der Pupill Erbe des Vormunds wird? Daß er den Käufer entſchädigen muß, beſchränkt ſein Eigenthum nicht. Es war die Veräußerung hier um des Mündels ſelbſt willen verboten; ſo iſt es klar, daß ſie ihm gegenüber nicht konvaleszieren kann. — Um ſo

1) Leyser spec. 190 med. 1. Dagegen die Regel: quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio. Aber de evictione actio non tenet, wenn Erwerber das Veräußerungsverbot kannte; arg. c. 27 ev. 8, 45. Ueberhaupt iſt jene Regel unrichtig. Wäre ſie richtig, ſo würde die Zuſtändigkeit der exceptio die Möglichkeit einer replicatio gleichwol nicht ausſchließen. Auch l. 17 ev. 21, 2: „Vindicantem venditorem rem quam ipse vendidit exceptione doli posse summoveri, quamvis alio jure dominium quaesierit“ ſteht nicht entgegen; denn einerſeits beſtreiten wir die Möglichkeit des summoveri per exceptionem illam nicht, andererſeits hebt Ulpian lediglich das Nichteigenthum des Veräußerers zur Veräußerungszeit, nicht damalige objektive Unveräußerlichkeit, als Vindikationsgrund heraus. Vollſtändig quellengemäß iſt, was Leyser spec. 242 med. 6 ſagt: „Exceptionem rei venditae et traditae tunc, quum auctor justam evincendi causam habet, non attendi; . . . constat. Adest autem sine dubio justa causa, quando lex ipsa venditionem vetat. Nam pactis privatorum jus publicum mutari non debet.“ Eine ſehr ſtarke nachrömiſche gemeinrechtliche Beſtätigung liefert auch cap. 33 X jurej. 2, 24. Der König von Ungarn hatte Reichsrechte veräußert, trotz ſeines Krönungseides (der offenbar geſetzkräftig war), die Rechte ſeines Reiches unverkümmert bei demſelben erhalten zu wollen. Obwohl er nun auch die Veräußerung eidlich bekräftigt, entſcheidet der Pabſt, auf Grund der Nichtigkeit des ſpäteren Eides durch den älteren zuwiderlaufenden, zu Gunſten der revokatoriſchen Vindikation ſeitens des Königs ſelbſt.

mehr, müſſen wir ſagen, ſteht dem Veräußerer die Vindikation dann zu, wenn das Verbot rein in dem Intereſſe Dritter ſeinen Grund hat. So wird der veräußernde Vormund ſelbſt vindiziren können, da er Namens des Mündels vindizirt; in einem gewiſſen Sinne kann man Daſſelbe zu Gunſten der Vindikation des Ehemanns ſagen, der das Dotalgrundſtück veräußerte, ja hier tritt das öffentliche Intereſſe hinzu, mulieres dotes salvas habere. So ſcheint es bei res litigiosae nach c. 4, beſonders pr., litig. 8, 37 zu ſein. So iſt es bei Kirchengütern, um der Lehengüter hier nicht zu gedenken, aus welchen freilich für die römiſche Lehre Nichts folgen kann. Nur iſt feſtzuhalten, daß überall, wo das Verbot rein das Intereſſe eines beſtimmten Dritten zum Grunde hat, die Beerbung deſſelben durch den Veräußerer zur Konvaleszenz der Veräußerung, ope exceptionis doli (rei venditae et traditae), führt. Daſſelbe findet ſtatt, wenn soluto matrimonio die Dos dem Manne zufällt. Aber in dieſen Fällen verliert auch das Verbot ſeinen praktiſchen Zweck durch Eintritt jener Thatſachen. — Nicht nach den Grundſätzen über geſetzliche Veräußerungsverbote iſt die deutſchrechtliche Revokationsklage des Stammgutsnachfolgers zu beurtheilen. Sie liegt in der Natur des Stammgutes, deſſen Stiftung eine privatgewillkührte iſt. Man wird daher dem gutgläubigen Erwerber die Publiciana nicht weigern können. Eben darum muß ihm gegen die Vindikation des Veräußerers, ſowie des Stammgutnachfolgers, welcher zugleich Erbe des Veräußerers wurde, die exceptio rei venditae et traditae wol zugeſtanden werden.

§. 2. Nicht auf geſetzlichem Veräußerungsverbote beruht, daß dem Hausvater i. d. R. — c. 8, 4. 5. bon. quae lib. 6, 61 von Juſtinian — eine Veräußerungsbefugniß an Sachen des ordentlichen adventiziſchen Pekuls nicht zuſteht. Denn auch wo ſie ihm ausnahmsweiſe zuſteht, kann er nur in des Hauskindes Namen veräußern — c. 6, 2 ibid. —, beruhen dieſe Ausnahmen in des Vaters Verwaltungsrecht, welches ſeinen Nießbrauch geleitet, während das Eigenthum dem Kinde zuſteht. c. 1 Theod. cod. b. mat. 8, 18 = c 1 Just. ibid. 6, 60 von Conſtantin, c. 7 Theod. cod. ibid. = c. 2 Just. ibid. von Arkadius und Honorius, c. 4 b. quae lib. 6, 61 von Leo und Anthemius, c. 6.,

3 ibid. und §. 1 I. p. quas pers. nob. acq. 2, 9 von Justinian. Die Eigenthumsklage der Kinder, die Ersitzbarkeit der Sachen beginnt erst zu laufen, seitdem Jene familienrechtlich frei sind: agere non valenti non currit praescriptio.

§. 3. Ebenso ist es mit den lucra nuptialia, im Verhältniß des binubus zu den Kindern erster Ehe. Der Zeitpunkt der beginnenden Verjährung ist hier der des Todes des binubus, als das Nießbrauchsrecht tilgend. Nov. 22 cap. 23. 24. cf. c. 2 Theod. cod. sec. nupt. 3, 8 = c. 3 Just. ibid. 5, 9. Nach Leo und Anthemius in c. 6, 1 ibid. kann der binubus Unbewegliches, mit Einschluß von Sklaven und Grundrenten, aus den l. n. nicht veräußern. Die Mobilien dagegen werden, um sie veräußerlich oder verpfändbar zu stellen, geschätzt durch beiderseits erwählte und vereidigte Schiedsrichter.

Veräußert der verwittwete parens aus den l. n. vor Eingehung der zweiten Ehe: so wirkt nach Nov. 2 Cap. 2 die Eingehung der letzteren auf diese Veräußerung rückwärts hin vernichtend. Und, obwohl die Kinder jetzt noch nicht vindiziren können, weil der Veräußernde noch lebt: so vererben sie doch, für den Fall ihres Versterbens nach Eingehung zweiter Ehe des parens und vor dem letzteren, ihr Eigenthum auf ihre Erben.

§. 4. Ueber vermachte Sachen des Erblassers ist im justinianeischen Rechte der Erbe von vornherein, resp. nach eingetretener Bedingung, Nichteigenthümer; das Veräußerungsverbot, welches das Gesetz ihm auferlegt, trifft demnach die Rechtsfähigkeit der Sache nicht: Just. c. 3, 2 comm. de leg. 6, 43: sciat, hoc, quod alienum est, non ei licere, utpote sui patrimonii existens, alieno juri applicare, quia satis absurdum est et irrationabile, rem, quam in suis bonis non possidet, eam ad alios posse transferre . . . § 3: Sin autem sub condicione . . fuerit relictum . . , sciat quod condicione impleta ab initio causa in irritum devocetur, . . . ut nec usucapio . . . contra legatarium . . , procedat. — Die Schlußbemerkung rechtfertigt sich folgender Maßen: Wer wissentlich Fremdes veräußert, dessen Besitz dem Eigenthümer herauszugeben er zugleich persönlich schuldig ist, ist sicher fur. Für die seltenen Fälle des guten Glaubens des Veräußerers dagegen ist festzuhalten, daß das Recht des

Erwerbers ja zurückbezogen wird; aus dem Erblasser stammt sein Erwerb, an diesen knüpft er ihn an.

§. 5. Veräußerungsunfähigkeit aus der Person des Eigenthümers (Wahnsinnige u. dgl.) betrifft nie die Rechtsfähigkeit der Sache, nicht nothwendig die der Person; immer ist nur die Handlungsfähigkeit der letzteren insoweit verneint. Veräußerungsbefugniß liegt als Theil in der Dispositionsbefugniß überhaupt. So sind unter die Fälle der Veräußerungsverbote diejenigen nicht aufzunehmen, in welchen der Eigenthümer wegen mangelnder Willensfähigkeit gar keine Verfügung treffen, sondern nur jene, in welchen er zwar überhaupt verfügen, aber doch nicht veräußern kann. Laurk in der Zeitschr. für Civ. R. u. Pr. V Nr. 1 S. 2 f.

§. 6. Die oratio D. Severi enthält ein Veräußerungsverbot für die Altersvormünder. Ihren Wortlaut giebt Ulp. l. 1, 2 rr. eor. 27, 9. In der römischen Jurisprudenz wurde dasselbe auf die Mündel selbst erstreckt, was besondere Wichtigkeit hatte für solche mündige Minderjährige, denen ein Curator fehlte; c. 4 praed. min. s. decr. non al. 5, 71. Erst hierdurch und nur insoweit steigerte sich die Beschränkung der vormundschaftlichen Gewalt zu einer gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung. Daß das Gesetz auch auf falsche Altersvormünder Anwendung finden mußte, war unzweifelhaft; aber die Doktrin erstreckte es von Altersvormündern auch auf tutores und curatores quarumcumque personarum. l. 8, 1. l. 11 h. t. 27, 9. c. 4 qu. decr. opus non est 5, 72. Objekte der oratio sind die Oekonomiegüter (praedia rustica und suburbana) der Mündel, denn die ursprüngliche Beschränkung auf solche Güter „aus der väterlichen Erbschaft" fiel unter der wissenschaftlichen Fortentwicklung der Lehre zusammen. Dagegen auf urbana praedia ward die oratio nicht erstreckt, theils wol wegen der Kostspieligkeit ihres Unterhaltes trotz vielleicht hoher Miethpreise, theils sicher wegen der zahlreichen Feuersbrünste, gegen welche die von höchster Stelle organisirten Löschanstalten nicht viel vermocht zu haben scheinen, während andererseits Feuerversicherungsgesellschaften unbekannt waren. Das Veräußerungsverbot der oratio zessirt, wenn die Eltern oder sonstige Zuwender (c. 3 tit. cit. 5, 72) die Veräußerung in einer mindestens kodizillarischen letztwilligen Ver-

fügung angeordnet haben. c. 1 ibid. — Schuldet der Mündel so viel, daß sein übriges Vermögen zur Tilgung nicht ausreicht (justa causa decreti interponendi: c. 12 h. t. 5, 71), [1]) so werde der Richtermagistrat (der res sita: c. 16 ibid.; Constantinianus praetor: c. 18 ibid.) oder der Kaiser angegangen. c. 2 qu. decr. 5, 72. Diesem müssen die Gründe erwiesen werden, welche die Nothwendigkeit der Veräußerung darthun. Dahin, nicht erst unter die Nützlichkeit, gehört zweifellos auch die Sicherung des Unterhalts und der Erziehungskosten des Mündels, da dieß, in dem obrigkeitlich verordneten Maße der Alimente, nothwendige Ausgaben sind, so nothwendig wie die Bezahlung der Gläubiger. Vgl. Leyser spec. 344 med. 3 (Anschaffung der Kunst- und Handwerksgeräthschaften). Im usus modernus wird häufig auch die bloße Nützlichkeit der Veräußerung als ausreichende justa causa decreti interponendi anerkannt. Vgl. v. Berg, jur. Beob. (1802) I Nr. 7. So z. B. nach jeverschen Gesetzen: jedoch nur unter Zuziehung der nächsten Verwandten, in der Veräußerungsform der Subhastation. Ferner im project. cod. Frid. Marchici; was Alles auf die gemeinrechtliche Praxis von großem Einflusse wurde. Hommel rhaps. ed. III (1769) observ. 172. Heimbach sächs. Part. RR. §. 160. Haubold sächs. Priv. R. §. 188. Wächter württ. Priv. R. I, 1 S. 455. — Unterbleibt die obervormundschaftliche causae cognitio, so ist kein Resultat des Verfahrens zu Gunsten der Gültigstellung der Veräußerung zu hoffen. Gründe der Bewilligung des Dekrets sind vor Allem: Drängen der Gläubiger, aber auch zu hoher Zinsfuß u. dgl. Ulp. l. 5, 9 h. t. 27, 9; in usu moderno auch die Kostspieligkeit des Haltens der Sache im Verhältniß zu deren Ertrag: de Berger suppl. ad el. disc. for. ed. (1741) tom. II tit. 39, 26, insbesondere wenn die Unterhaltungskosten die Sache nicht nur selbst entwerthen, sondern auch das übrige, zur Alimentation nöthige Vermögen des Mündels mitaufzuzehren drohen: Hommel

1) Vgl. Cassiodor, var. lib. 7 i. f. über gleiche Möglichkeit und Form der Veräußerung von Curialgrundstücken, ein übrigens veralteter Fall, über welchen siehe Bachofen ausgewählte Lehren S. 171 f., sowie das Edict des Königs Athalarich, hinsichtlich der Curialen und ihrer Gesammtstellung, bei Cassiodor. l. c. lib. 9, 2.

rhaps. l. c. — Vorzugsweise erwägt noch der Magistrat, ob Eigenthumsveräußerung oder bloße Verpfändung vorzuziehen sei: l. 5 cit. §. 10. Je nach dem Ergebniß dieser Untersuchungen und auf Amtsgewissen hin dekretirt er die Veräußerlichkeit oder Verpfändbarkeit bestimmter Immobilien, in feierlicher Sitzung, nicht durch bloßen schriftlichen Bescheid, zum Zeichen, daß causae cognitio voraufging: c. 6 h. t. 5, 71. Richtig ist demnach das Dekret, dessen Erschleichung erweislich ist: c. 5 ibid.; falls z. B. keine Schulden drängten, trotz Vortheilhaftigkeit des Verkaufs an sich: l. 5, 14 h. t. 27, 9. de Berger supplem. ad el. disc. for. II tit. 39, 6. Auch ist Restitution, wie immer, vorbehalten, zu deren Geltendmachung aber natürlich materielle Läsion nachgewiesen werden muß. C. 11 h. t. 5, 71.

Seit Konstantin, p. Chr. 326, darf der Vormund ohne Dekret Nichts aus dem Mündelsvermögen veräußern, außer abgetragenen Kleidern und überflüssigen Hausthieren. C. 22 adm. tut. 5, 37. C. 4 qu. decr. 5, 72. Die Früchte nimmt aus: Justinian c. 28, 5 adm. tut. 5, 37. Auch das baare Geld wird kaum unter den Sinn der neuen Rechtsregel fallen. Bachofen, ausgew. Lehren S. 153. Bei alledem ist dieser Grad offiziellen Mißtrauens gegen die Vormünder höchst seltsam, und bedürfte wohl im usus modernus, bei der durchgreifenden obrigkeitlichen Bestellung, bei der ebenso allgemeinen Cautionsstellung der Vormünder und den übrigen gehäuften Schutzmitteln, der Umstoßung durch das entgegengesetzte Prinzip, nicht nur im Interesse der geplagten und fast als Betrüger vermutheten Vormünder, sondern insbesondere auch im Interesse der Mündel selbst, da oft der nächste Augenblick schon ein vortheilhaftes Geschäft entschlüpfen läßt, die obervormundschaftliche Kontrole aber auf alle Fälle Zeit kostet.

Nach Justinian's c. 3 si maj. f. al. f. s. decr. rat. hab. 5, 74 entkräftet venia aetatis die oratio hinsichtlich deren ursprünglicher Objekte — praedia rust. und suburb. — nicht; dagegen verjährt immer die gegen nichtdekretirte Veräußerung zuständige Eigenthumsklage des später großjährig Gewordenen binnen 5 Jahren [1])

1) Das sächsische Recht kennt nur eine 30jährige Verjährung. Beatus de contract. pars prima tit. 1 cap. 1 Nr. 2. Haubold §. 139.

binnen 10, reſpektive 20, Jahren jedoch bei donationis causa, da hier ſelbſt ein Dekret nichtig ſein würde. Selbſtverſtändlich rechnet die Minderjährigkeitszeit eines minderjährigen Erben des Minderjährigen nicht ein. Die 5 Jahre, ſeit erreichter Großjährigkeit zu zählen, ſind gemäß den Geſetzesworten ein tempus continuum, nicht utile; dieſe Annahme empfiehlt ſich auch aus praktiſchen Gründen; vorbehalten bleibt in integrum restitutio gegen Friſtverſäumniß. J. H. Böhmer consult. et decis. II, 1 resp. 216, Nro. 27. Die Preisannahme ſeitens des großjährig Gewordenen iſt ſofortige Ratihabition. Vgl. das Gutachten der Jenenſer Fakultät in den consilia Tubingensia II cons. 83, 19 und Carpzov. def. for. ed. 1673 pars II const. 11 def. 31. Dem iſt Quittirung des Großjährigen über den Preis, den er als Minderjähriger empfing, nicht gleichzuſtellen. Denn die Quittung iſt Empfangsbekenntniß; den Preis lieber ſofort zurückzugeben, kann man dem Quittanten, der ein deßfallſiges Retentionsrecht hat, ſo lange ſein Gut ſich in dritten Händen befindet, nicht zumuthen. Ueber die gemeinen Erforderniſſe einer ächten Ratihabition vgl. Leyser spec. 345, med. 8; ſie kann durch konkludente Handlungen geſchehen, im Zweifel aber ſind dieſe nicht als Ratihabition zu deuten, weil letztere einen Rechtsverzicht einſchließt. Aber auch jenes quinquennium wird ſehr häufig unter den Geſichtspunkt geſtellt, als liege in dem Verſtreichenlaſſen eine ſtillſchweigende Ratihabition; ſo mußte man die Friſt als ein utile tempus betrachten. Carpzov. l. c. def. 30. Leipziger Schöffen in den cons. Tub. l. c.: „es wäre dann, daß Ihr Euer vollkommenes Alter erreicht, und nach Erreichung deſſelben und erlangter Wiſſenſchaft gemeldeten Kauf durch ein fünfjähriges Stillſchweigen ratifizirt hättet:[1]) auf den Fall hättet Ihr den Kauf zu widerfechten nicht Fug.“ Bachofen, ausgew. Lehren S. 128. 148. Anlaß zu dieſer Anſicht gaben, außer der Titelrubrik, die Worte des Ge-

1) Selbſt außergerichtlicher Widerſpruch intra quinquennium, wenn gleich nicht einmal dem Sacherwerber gegenüber erklärt, wurde als genügend angenommen, dieſe Verjährung zu unterbrechen! Das Unpraktiſche dieſer Anſicht von Praktikern leuchtet ein. Vgl. Schurpf (ed. 1612) cent. III consil. 33, 9. 10.

ſetzes vor und nach, alſo außerhalb deſſen hier in Betracht gezogener Dispoſition. „Si .. minores .. longo silentio querelam .. tradiderint, ut .. alienatio .. diuturno silentio roboretur, certum tempus ad talem confirmationem praefinitum esse censemus.“ Nun heißt es aber in den dispoſitiven Worten auf das Unzweideutigſte: „si per .. continuos annos, post impletam minorem aetatem (nicht: a scientia) connumerandos, nihil conquestus est rell.“ Zwar wieder hernach: „si .. decennium .. donatore acquiescente effluxerit“ und „tempus .. silentio transactum.“ Indeß Nichts hindert uns, die unterſtrichenen Worte, Stützen der gegneriſchen Anſicht, rein objektiv zu verſtehen, und die entſcheidende Betonung, wie ſich gebührt, auf die Dezisivworte zu legen. — Dagegen dreißig Jahre ſind anzunehmen, falls dekretirt wär, aber ein materieller Nichtigkeitsgrund der Veräußerung vorliegt, z. B. unrichtige Urſachen als Grundlage des Dekrets. Dagegen, aber aus nicht recht klaren Gründen, äußert ſich Leyser spec. 345, med. 2. Auch das von ihm angeführte Wittenbergiſche Gutachten ſteht mit unſerem Satze in vollem Einklange. — Das Dekret muß der Beklagte beweiſen; deſſen materielle Ordnungsmäßigkeit wird dann vermuthet, vorbehaltlich natürlich des klägeriſchen Gegenbeweiſes. Lauterbach coll th. pract. Pand 27, 9 §. 9 — Sofort und für immer ausgeſchloſſen wird auch die Vindikation durch eidliche Bekräftigung des abgeſchloſſenen Geſchäfts ſeitens des Minderjährigen (a Pufendorf [ed. 1780] tom. I obs. 148), aber nicht nach rein römiſchem Recht, ſondern nach einem Geſetze König Friedrich's I, Auth. sacramenta puberum ad c. 1 si adv. vend. 2, 28 = II feud. 53 §. 10; cf. arg. c. 7 K pignor. 3, 21 und den abweichenden Grundſatz des kanoniſchen Rechts überhaupt. Dieß erklärt ſich aus der chriſtlich mittelalterlichen Anſicht über die Kraft des Eides. Vom juriſtiſchen Standpunkte aus freilich iſt nicht zu begreifen, wie durch die intenſivſte Bekräftigung das abſolut Nichtige gültig werden, wie der Eid eines Einzelnen das Recht der Geſammtheit beſiegen könne.

Das Dekret iſt in manchen Dingen vergleichbar der auctoritatis interpositio, aber, als ein Produkt relativ ſpäteren Rechts, inſofern nicht ſo formell, als es gewiß auch nachträglich erfol

gen kann. Zwar iſt c. 2 si maj. f. 5, 74 wol richtiger, gemäß der Titelrubrik und dem inneren Zuſammenhange der Stelle, von nachfolgender specialis confirmatio des major factus, als der Obrigkeit, zu verſtehen. Andrerſeits aber wird z. B. von Diokletian und Maximian in c. 9 praed. min. 5, 71 die nachfolgende Nichtigkeitserklärung durch Richterſpruch und wegen mangelnden Dekrets „Reſziſſion“ genannt; es muß offenbar in der Hand der Obervormundſchaft liegen, die causae cognitio nachzuholen und jetzt noch, ſtatt Reſziſſion, das Dekret zu ertheilen. Die Präſenz des Vormunds und die Gleichzeitigkeit des auctorem fieri mit dem Mündelgeſchäft beruht in der unvollkommenen Handlungsfähigkeit des Mündels; unſer Dekret aber giebt der That eines vollkommen Handlungsfähigen, des Vormunds, des Mündels tutore auctore, den Effekt für das Mündelvermögen, ähnelt inſoweit vielmehr kuratoriſchem Konſenſe. Dieſe Anſicht hat den praktiſchen Vorzug, daß in dringenden Fällen der Vormund ſofort gültig abſchließen kann, ſeine Rechtfertigung vor dem obervormundſchaftlichen Tribunal vorbehalten. Hat aber der Vormund auf ſeinen eigenen Namen veräußert, ſo ſoll nachträgliche obrigkeitliche Konfirmation nie ſtattfinden, arg. c. 3 ibid. Zwar kann er auch hier rein das Mündelintereſſe bezweckt haben, da ein Dritter lieber mit Großjährigen abſchließt und ihnen vortheilhaftere Bedingungen gewährt wegen der geringeren Anfechtbarkeit des Vertrags in ſeinen Wirkungen; aber der böſe Schein liegt vor, der Verdacht einer Unterſchlagung, und dieſe Rückſicht auf das Geſammtverhältniß des Vormunds zum Mündel muß überwiegen, zumal da das Intereſſe des Mitkontrahenten auch in Betracht kommt.

Die obligatoriſche Gültigkeit der ohne Dekret erfolgten Veräußerung bindet den Mündel nicht; nur erzeugt ſeine ſelbſt klageweiſe Haft de in rem verso um ſo mehr eine auf Konnexität wie ſtets beruhende Retentionseinrede gegen ſeine Eigenthumsklage: c. 4, 10. praed. min. 5, 71. Vollkommen obligirt iſt dem Erwerber der abſchließende Vormund, ſelbſt wenn er auf den Namen des Mündels veräußerte; ſo auch dritte Pfänder, die nicht grade aus dem Mündelvermögen beſtellt ſind. c. 9 ibid. Darum muß er doch ſelbſt pupilli nomine vindiziren dürfen; vgl. die Analogie der Kirchengüter. Ja, er haftet auf's Neue, wenn durch

seine Nichtvindikation die Sache etwa zu Schaden kommt u. dgl. Er soll sein Unrecht nicht perpetuiren müssen.

Die Unveräußerlichkeit ist hier, wie beim Dotalgrundstück und in den sonstigen gesetzlichen Fällen, durch die Doktrin gleich dinglicher Unbelastbarkeit überhaupt erklärt worden. Ulp. l. 3, 5 h. t. 27, 9.

Die oratio beschränkte ursprünglich die Veräußerlichkeit des Eigenthums, nicht aber die Veräußerungsbefugniß des Eigenthümers. Sie paßt nur auf Veräußerungen, welche aus dem Willen des Vormunds geschehen, insbesondere also nicht auf unfreiwillige, trotz dem, daß der Vormund auch hier wenigstens äußerlich als Veräußerer erscheint; z. B.:

1) Falls bei ächtem (Gegensätze: räumlich getheilte Sachen; ein Eigenthümer, ein Nutznießer: Ulp. l. 6 ibid.) Miteigenthum der andere Miteigenthümer die Theilung fordert. l. 8, 2 l. 5, 16 ibid. [1]) Nur der Vormund selbst ist von dieser Initiative ausgeschlossen. (Analog beim fundus dotalis: Gord. c. 2 fundo dot. 5, 23.) Dieß stört allerdings die Gleichheit der Lage der Miteigenthümer, erhebt den großjährigen Miteigenthümer in eine faktisch superieure Stellung.[2]) Aber es überwog im römischen Recht die Furcht vor Mißbrauch vormundschaftlicher Gewalt. Meisterhaft zeigt Bachofen ausgew. Lehren S. 153 ff., wie die Jurisprudenz überhaupt die dem Vormunde günstigen Bestimmungen der oratio einschränkend auslegte, und erklärt dies aus der damals wachsenden Immoralität der Vormünder. — Hat das Gut also nur Mündel zu Miteigenthümern, so ist jede Möglichkeit einer Provokation zur Theilung ausgeschlossen: l. 7 pr. h. t. 27, 9. c. 17 ibid. 5, 71.

2) Falls der Pfandgläubiger, vom Vater oder sonstigen Zuwender des Mündels her, distrahirt, c. 2 si adv. vend. pign. 2, 29. Schreibt er sein Recht erst vom Mündel selbst her, natürlich unter

1) Die Preisfixirung bedarf gemeinrechtlich des Dekretes nicht. Leyser spec. 344 med. 9.

2) Daher die Praxis (Schurpf consilia ed. 1612, cent. II consil. 8, 3): Et tamen judex causa cognita permittit etiam minorem ad divisionem provocare, si scilicet habuerit socium rixosum (secundum Bartolum et Baldum) . . .; aut si tam injuriosus et damnosus socius sit ut non expediat eum pati.

damaligem Dekret: ſo kann er zwar ebenfalls ohne Weiteres distrahiren, aber ſicherer geht er, falls er vorerſt ſich an den Richtermagiſtrat wendet. Ulp. l. 7, 1 h. t. 27, 9. Dieß bezieht ſich auf den Fall, daß der Sacheigenthümer noch jetzt minderjährig iſt, und Jener ſich alſo, abgeſehen von Verdacht der Colluſion (Gord. c. 2 h. t. 5, 71), einer gegen ihn zu erwirkenden in integrum restitutio ausſetzen könnte. Ant. c. 1 ibid. Man ſetze nur den Fall, daß der Minderjährige die Hauptſchuld in baarem Gelde hätte rechtzeitig zahlen können.

3) Veräußerungen (Pfändungen mit nachfolgender Distraktion) aus Autorität der Obrigkeit, Ulp. l. 3, 1 h. t. 27, 9; missiones in possessionem mit prätoriſchem Pfandrecht, z. B. legatorum servandorum causa, damni infecti. Auch hier paßt die Parallele der lex Julia de fundo dotali. Paul. l. 1 pr. fundo dot. 23, 5 cf. Gai. l. 4 ibid.

4) Veräußerung zu Erfüllung der Judikatspflicht. Bei Vindikation iſt materielle Ungerechtigkeit des rechtskräftigen Erkenntniſſes vorausgeſetzt. Ulp. l. 3, 3 h. t. 27, 9. Hier wirft ſich die Frage auf, ob die Veräußerung formlos geſchehen könne, wenn Derjenige, von welchem die Sache erbweiſe auf den Mündel kam, einen Veräußerungsvertrag geſchloſſen hatte. Vgl. de Cramer (ed. 1761) obs. 521. Zwar c. 1 und 3 quando decr. 5, 72 ſind wol richtiger auf letztwillige Veräußerungserklärung zu beſchränken: dann nämlich unterliegt die formloſe Veräußerlichkeit keinem Zweifel. Aber nach Ulp. 5, 6. 7. h. t. 27, 9 kann der Pupill auch im Falle der ererbten Vertragspflicht sine praetoris auctoritate konſummiren. Alſo doch auch der Vormund, denn im ganzen Ulpianiſchen Texte iſt von der oratio Severi die Rede, und der Vormund hat die negotiorum gestio, kann alſo, abgeſehen von den hier nicht zutreffenden Fällen einer Unzuläſſigkeit jeder Stellvertretung, jedenfalls Alles thun, was auch der Pupill vermag. — Aber Ulpian's Entſcheidung ſcheint gegen eine stricta ratio zu verſtoßen. Durch einen Vertrag iſt die geſchuldete Sache nicht ſchon veräußert; der Vertrag bindet die Perſon, veräußert aus deren Vermögen in genere; es iſt freiwillig in gewiſſem Sinne, wenn der Schuldner grade die species debita zahlt. Aber einerſeits ſtehen wir hier auf dem Wendepunkt des römiſchen Rechts

zu der Exekution in natura, und diese konnte nicht ohne Einfluß auf die juristische Anschauung jener mehr formalen Freiwilligkeit bleiben, da insbesondre auch eine Geldentschädigung regelmäßig den reinen Sachwerth überstieg; anderseits lauerte bei der strengeren Entscheidung ein Prozeß gegen den Mündel. Stellt man sich aber auf die Seite des Gläubigers, so durfte dessen mittelbarer Anspruch auf die Sache dadurch nicht an Beschränkungen geknüpft werden, daß ein Mündel Erbe seines Schuldners wurde. Wo mithin kein Raum für Versagung des Dekrets war, da schien auch dessen Ertheilung unnöthig zu sein. Daß die römische Entscheidung nicht ohne vorgängige Streitfrage von Statten ging, beweist sich arg. „fortius dicetur“ in §. 6 cit.

5) Leistung der litis aestimatio statt der res ipsa seitens des Vindikationsbeklagten an den Mündel. l. 3, 2 h. t. 27, 9 cf. l. 10 ib.

6) Nach Ulp. l. 5, 3 ibid. können die Vormünder ein dem Mündel verpfändetes Gut distrahiren, es sei denn bereits dominii impetratio für den Mündel vorliegend. Ebenso ist es, nach verweigerter damni infecti cautio, im Falle der immissio ex secundo decreto.

Das Eigenthumsklagrecht des Mündels, mag er selbst, mag sein Vormund ohne Dekret veräußert haben, beginnt erst seit seiner Selbstmündigkeit zu verjähren. c. 3 qbs. non objic. l. t. praescr. 7, 35. Unabhängig davon bleibt die Frage nach dem Fruchterwerbe des gutgläubigen Besitzers. l. 48 pr. a. r. d. 41, 1. c. 2 si quis ign. rem min. esse s. decr. comp. 5, 73. Was die Ersitzbarkeit der Sache zu Gunsten des Letzteren anlangt, so ist

1) soviel klar, daß, wenn die Veräußerung ein furtum a tutore (curatore) commissum enthielt, objektive Unersitzbarkeit fortdauert auch nach der Selbstmündigkeit des Eigenthümers. l. 33 furt. 47, 2 cf. l. 4, 11 u. et u. 41, 3.

2) Anderenfalls beginnt mit jenem Zeitpunkte das tempus usucapiendi zu laufen. Just. c. 5 in q. c. i. i. r. nec. non est 2, 41. Ueber die „temporales praescriptiones“ dieses Gesetzes vgl. c. 30 j. dot. 5, 12 vv. „Omnis autem temporalis exceptio rell.“ Das ältere Recht ließ die Ersitzung vorher beginnen, gewährte aber Restitution gegen deren Vollendung. c. un. si adv. usuc. 2, 36. Da die usucapiendi condicio eigenthumsähnlich gebildet war,

ſo mußte, wer vom Pupillen gekauft hatte, um als publizianiſcher Beſitzer gelten zu können, beweiſen, gekauft zu haben tutore (ſelbſt falso t.,[1]) bei bona fides aus justus error des Empfängers: Cels. l. 2 eo qui pro tut. 27, 5 cf. Ulp. l. 4, 24. 25 d. m. exc. 44, 4) auctore, lege non prohibente. l. 13, 2 Publ. 6, 2 von Gaius. c. 9 usuc. pro emptor. 7, 26. Das „l. n. proh." geht auf etwa mangelndes Dekret; hier nützte der gute Glaube Nichts, falls es thatſächlich fehlte. Unter Juſtinian's Neuerung gehört aber z. B. der Fall des Paulus in l. 2, 15 pro emptore 41, 4: wenn der Erwerber den Unmündigen für ſelbſtmündig hielt. Oder wenn (c. 1 si quis ign. rem min. esse s. decr. comp. 5, 73) ohne furtum, alſo etwa der Vormundserbe die Mündelſache als die ſeine verkauft hatte; doch möchte, nach der Rubrik des Titels, ſowie nach den Worten der Stelle „quum te legitimae aetatis esse non diffitearis" zu ſchließen, dieſer Fall ſchon nach älterem Recht der Veräußerung durch den Vormund ſelbſt ohne Dekret vielmehr gleichſtehen, da das Mündelvermögen aus der Vormundſchaft noch nicht herausgegeben war. War der Erſterwerber nicht in bona fide, ſo kann ſchon nach gewöhnlichen Grundſätzen erſt ſein gutgläubiger Singularſucceſſor die Erſitzung beginnen; aber der Weiterverkauf ſchadet dem Rechte des Mündels freilich Nichts. c. 3. 4. ibid.

Im usus modernus wird häufig außer den römiſchen Vorausſetzungen gültiger Mündelgutsveräußerung noch als Form die Subhaſtation erfordert — vgl. de Lyncker (ed. 1710) resp. 90, de Berger suppl. ad el. disc. for. (ed. 1741) tom. II tit. 39, 13 Nr. 7 —, damit Colluſion vermieden und ein möglichſt hoher Kaufpreis für den Mündel erzielt werde; trotzdem daß Vermehrung der Sollennitäten nicht wünſchenswerth und insbeſondere für den Vormund drückend iſt; denn andererſeits wird die Veräußerung dadurch auch für ſpäter, ſeitens des erwachſenen Mündels, unanfechtbar, inſofern der Subhaſtationspreis als das verum rei pretium gilt.[2])

1) Der falſche Vormund präjudizirt durch Veräußerung dem Mündel nicht; ſelbſt gegründetes Veräußerungsdekret iſt, da die Obervormundſchaft nicht gerirt, nicht im Stande, ſeine Veräußerung gültig zu ſtellen. Leyser spec. 331 med. 2.

2) Dieß gerade beſtreitet aus der täglichen Erfahrung Leyser spec. 344 med. 4. Aber es iſt auch nicht behauptet worden, daß der abſolut

§. 7. Wir wenden uns zu dem Veräußerungsverbot der lex Julia de fundo dotali, einem Capitel der lex Julia de adulteriis. Ueber den vermuthlichen Zusammenhang des Inhaltes jenes Gesetzes mit der Gesetzgebung Augusts über den Ehebruch siehe Bachofen ausgew. Lehren S. 89. — Die gesetzliche Unveräußerlichkeit des Dotalgrundstücks setzt voraus, daß dasselbe bereits in die Gewalt des Mannes gelangt sei. Hatte daher darüber ein Dritter die Ersitzung vorher begonnen, so haftet der Mann nur persönlich der Frau für unterlassenes Eintreiben, insofern ihm dabei eine Verschuldung zur Last fällt, insbesondere die Zeit, welche zur Vollendung der Ersitzung noch fehlte, zur Vindikation ausreichte. Tryph. l. 16 f. dot. 23, 5. — Vererbung ist keine Veräußerung. Paul. l. 1, 1 h. t. 23, 5. Diese Stelle beweist zugleich, daß durch Eheauflösung die Frau nicht ipso jure Eigenthümerin wird. Eben darum muß der Mann selbst vindiziren können. Die Nichtigkeit der Veräußerung ist ja sofort vorhanden, nicht erst soluto matrimonio, und doch kann die Frau erst seit letzterem Zeitpunkte ihre Dotalansprüche überhaupt erheben. In jeder Beziehung verkehrt urtheilt Bachofen a. a. O. S. 108. Er giebt dem Manne die revokatorische Eigenthumsklage nie, der Frau sofort selbst vor Auflösung der Ehe oder Verarmung des Mannes. Aber die Dotalobligation ist doch nicht sofort fällig. Auch ist es gar kein richtiger Schluß: „in der Dotalobligation ist die Frau der berechtigte, der Mann der verpflichtete Theil; daher (?) kann auch die Eigenthumsklage nur der Frau, nicht dem Manne zustehen.“ Und: „zudem wird ausdrücklich bezeugt, daß selbst (?) nach dem Tode der Frau dem Manne, welcher die dos lukrirt, kein Rechtsmittel zusteht, **um so weniger schon vorher**“ (??). Auch die angeführten Quellenzeugnisse beweisen die Bachofen'sche These in keiner Weise; wohl aber hätte ihn

---

richtige Preis erzielt werde, sondern nur der der Zeit nach relativ höchste. Nun vereinigt aber die Subhastation alle Kauflustigen, alle Angebote. Wäre die Zeitlage ungünstig, so dürfte an sich nur Verpfändung dekretirt werden. Das Schweigen des römischen Rechts ist gleichgültig, wo es sich um zweckmäßige Rechtsfortbildung handelt. Man vergleiche das Wegfallen der Pfand-Privatdistraktion im usus modernus.

seine eigene Bemerkung auf S. 117 Not. 140 auf den richtigen Weg führen müssen. Bei alledem entspringt jener doppelte Irrthum aus dem richtigen Gefühl, eine Vindikation müsse sofort zustehen. Nach l. 1, 5 exc. rei vend. et trad. 21, 3 ist die exceptio rei venditae et traditae immer dann durch replicatio doli entkräftbar, si justa causa vindicandi fuerit. Hierüber äußert trefflich Brandis in der Zeitschr. f. Civ.-R. u. Proz. II. Aufl. VII S. 193: „Sollte es nun aber keine justa causa sein, daß der Mann zur eventuellen Restitution an die Frau verpflichtet ist, daß er bei dem bestehenden Veräußerungsverbote gar nicht im Stande ist, dem Käufer Eigenthum zu übertragen? Dann erst, wenn er die dos lukrirt, fällt alle justa causa hinweg, denn dann würde er den fundus bloß für sich in Anspruch nehmen, und dann ist er als unbeschränkter Eigenthümer in der Lage, Alles zu gewähren, wozu er vermöge des Kaufes verpflichtet ist." Dazu füge ich nur: giebt man während der Ehe keine Vindikation, so würde der Dotalzweck, ein öffentliches Interesse, vereitelt werden. — Aus l. 1, 1 h. t. 23, 5 folgt ferner, daß die Unveräußerlichkeit das Aufhören der Ehe überdauern, dauern muß, bis der Frau zurückgegeben ist, also so lange die de dote actio ihr zusteht oder noch irgend einmal zustehen kann: l. 3, 1 ibid. Auf gleichem Grunde beruht, daß die lex Julia auch schon den Bräutigam trifft: l. 4 ibid. Das ganze Verbot nämlich ist erst nöthig durch und seit dem Eigenthumsübergang; mit diesem Zeitpunkte tritt es aber auch stets in Kraft und dauert, bis das Eigenthum zurückgegeben ist: l. 13, 2 ibid.

Auch der Fiskus überträgt kein Eigenthum an fremdem Dotalgrundstück, trotz seiner anerkannten Solvenz und trotzdem, daß er, fremde Sachen sonst veräußernd, den Erwerber zum Eigenthümer macht. l. 2, 1 ibid. Das ist keine Unterfingularität, sondern ruht in der gesetzlichen Unmöglichkeit der Veräußerung überhaupt. Was der Eigenthümer (Ehemann), das kann auch der Fiskus als Nichteigenthümer nicht veräußern.

Der Ehemann kann dem Dotalgrundstücke weder dingliche Lasten auferlegen, noch dingliche Rechte verlieren. l. 5. 6 ibid. Erwirbt er das dem Dotalgrundstücke dienende Grundstück, so erlöscht die Dienstbarkeit jure confusionis. Dagegen vermag die lex Julia Nichts, da hier nicht unmittelbar der Wille des Mannes

Erlöſchungsgrund iſt, ſondern eine Rechtsnothwendigkeit. Rückübertrügt er das Eigenthum des erworbenen Grundſtücks, ohne die Dienſtbarkeit wieder herzuſtellen: ſo entſteht daher auch letztere nicht ſofort wieder durch das Recht der lex Julia, ſondern hat die Frau nach Eheauflöſung eine perſönliche Klage gegen den Mann, und erſt bei deſſen Inſolvenz actiones utiles gegen den Rückerwerber, zu Wiederherſtellung der Servitut. l. 7 pr. ibid. Gab dagegen die Frau ein Grundſtück, welchem das des Mannes dienſtbar war, zur Mitgift: ſo haftet der Mann wegen ſeiner Schuldloſigkeit am Erlöſchen der Dienſtbarkeit auch nicht perſönlich. Hier kann nur der Dotalrichter von Amtswegen, dieſer aber muß auch befehlen, daß die Dotalrückgabe unter Erneuerung der Dienſtbarkeit geſchehe: § 1 ibid. Daſſelbe gilt zu Gunſten der klagenden Erben der Frau. l. 13, 3 ibid.

Die lex Julia geht auch auf urbana praedia. l. 13 cit. pr.

Hat der Mann die Frau zu ſeiner Erbin eingeſetzt, das Dotalgrundſtück einem Dritten vermacht, ſo fällt das Vermächtniß durch Ausſchlagung ſeitens der Frau zuſammen, wenn ſie gleich Miterben hat, welche antreten. Tritt ſie dagegen an, ſo iſt ſie, nicht durch Convaleszenz irgend einer Veräußerung, ſondern durch das Vermächtniß gebunden, das Grundſtück dem Dritten zu laſſen, ja ihm das nominelle Eigenthum noch überdieß zu übertragen. Und wenn der Mann, die Frau überlebend, nach den konkreten Dotalpakten die Mitgift gewinnt: ſo kann er dem dritten frühern Erwerber, unter Anwendung der Grundſätze über exceptio rei venditae et traditae, das Grundſtück nicht abſtreiten. l. 17 ibid. l. 42 u. et u. 41, 3. Ipso jure, nach Bachofen ausgew. Lehren S. 109. Aber nicht nur ſtreiten dagegen die Ausdrücke in den angeführten Stellen, „fundus emptori avelli non potest“, „venditionem confirmari convenit“, ſondern entſcheidend iſt der Schluß von Papinian's l. 42 cit.: „Idem juris est, quum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino heres extitit.“ — Dieſen Fall ächter Konvaleszenz bei Seite geſetzt, nutzt, abgeſehen von denjenigen Rechtsmitteln, welche auf der Verpflichtung und deren Vererblichkeit beruhen (dilatoriſche doli exceptio gegen die Vindikation), die bona fides dem Erwerber gegen die Vindikation Nichts.

Eine mildere Auslegung obigen Falles der Erbeinsetzung der Frau, offenbar unter Berücksichtigung der levitas sexus — hier in adeunda hereditate —, führte dahin, falls die Frau nach Auszahlung der Vermächtnisse den Dotalbetrag nicht vollkommen in der Erbschaft behalte, ihr eine entsprechende Verkürzung des Dotalvermächtnisses zu gestatten. l. 13, cit. §. 4.

Einwilligung der Frau hilft schon nach der lex Julia Nichts zur Verpfändung, seit Justinian auch Nichts zur Veräußerung seitens des Mannes überhaupt, c. un. §. 15 rei ux. act. 5, 13, damit nicht die Gebrechlichkeit des Geschlechts zum Vermögensverderb ausschlage. pr. I. qbs al. lic. 2, 8. Leichter läßt sich die vertrauende Frau auf Verpfändung ein, da kein unmittelbares Verlieren hierbei hervortritt; daher jene Bestimmung die ältere.

Wie jedem bedingt oder betagt Klagberechtigten, so kann auch der Frau die Verjährung des Eigenthumsklagrechts erst seit dem Zeitpunkte, wo sie klagen darf, also seit Auflösung der Ehe, zu laufen beginnen. c. 7, 4 praescr. 30 ann. 7, 39.

§. 8. Es ist kein gesetzliches Veräußerungsverbot als solches, die Rechtsfähigkeit der Sache trifft es nicht, daß aus Eigenthumsübertragung Schenkung halber unter Ehegatten kein Eigenthum übergeht. Sondern die donationis causa ist hier ausnahmsweise injusta, der Grund des Geschäftes ist prohibirt, und damit demselben jede rechtliche Wirkung entzogen.

§. 9. Unveräußerlich sind Immobilien (rustica mancipia, Kolonen, annonae civiles: nov. 7 cap. 6 pr. nov. 120 cap. 1 pr.) der Kirchen, sowie der selbständig administrirten kirchlichen Stifter („heilige Kollegien", sacra oratoria; vgl. Nov. 120, Kap. 6, §. 1), wie Klöster, Armenhäuser, Krankenhäuser, Findelhäuser, Altersversorgungshäuser, Hospizien u. dgl. Die Unveräußerlichkeit schließt auch Spezialverpfändung, sowie Bestellung ewiger Emphyteusen aus. Nov. 7 praef. §. 1 gestattet Emphyteuse nur für zwei dem ersten Erwerber nachfolgende Generationen von dessen Deszendenten, subsidiär für den überlebenden Ehegatten. Kap. 3 pr. ibid. Das kanonische Recht aber in c. 2, §. 6 C. 10 qu. 2 giebt die ewige Emphyteuse frei, wenn die Realeinkünfte der Kirche dadurch nicht wesentlich geschmälert werden.

Bei drängenden Schulden soll Spezialverpfändung lieber als Eigenthumsveräußerung statthaben. c. 2 §. 1 C. 10 qu. 2. Wo möglich als Faustverpfändung in der Weise, daß der Gläubiger durch Ziehung der Früchte, nach Abzug von höchstens 4% Zinsen, sich für das Kapital bezahlt macht. Nov. 120 Kap. 4. Reicht dieß nicht aus, so darf die Eigenthumsveräußerung nur in Form der Versteigerung stattfinden, und erst, wenn die letztere resultatlos ist, ist Hingabe in Zahlung freigestellt, stets unter Formen, welche jede Benachtheiligung der Kirche verhüten sollen. Kap. 6 § 2 ibid. Generalhypotheken darf der Kirchenvorstand bestellen für nothwendige oder höchst nützliche Darlehen. Nov. 55 Kap. 6 §. 1.

Nach Nov. 7 praef. pr. kann den Nießbrauch eines Kirchengutes nur bekommen, wer ein Gut gleicher Ertragshöhe der Kirche schenkt. Nach Nov. 120 Kap. 3 soll eine Verpachtung nicht über 30 Jahre hinaus stattfinden.

Der Kaiser kann, für gemeines Bedürfniß und zu Nutz des Staates, gegen ein gleichwerthes (Nov. 7 Kap. 2 §. 1) ein Kirchen-Grundstück erwerben; veräußert er jedoch an einen Dritten weiter, so lebt das Eigenthum der Kirche wieder auf. Nov. 55 Kap. 1. Analog läßt der Fiskus als Kirchengläubiger gültig Kirchengüter distrahiren. Nov. 54 Kap. 2 pr.

Die Nov. 46 fordert Dekret des weltlichen Richters zu Hingabe in Zahlung sowie zu Versteigerung eines Kirchengutes, nach vorgängiger causae probatio seitens der geistlichen Kirchenprovinzialbehörde (Erzbischof mit dem Bischof und der Diözesangeistlichkeit), daß kein anderes Befriedigungsobjekt vorhanden sei. Ueberdieß ist das weltliche Dekret präzedirt von Untersuchung der weltlichen Behörde, daß die Kirchenschuld nicht etwa bloß fingirt werde; über diesen Punkt muß das Protokoll reden; dem Ersteigerer wird quittirt vom Kirchengläubiger.

Kirchen dürfen unter einander Grundstücke austauschen, mit Dekret (Nov. 120 Kap. 7 pr. cf. Nov. 55 Kap. 2), bei Unvermeidlichkeit und beiderseitigem Nutzen: Nov. 54 Kap. 2 pr. Ferner dürfen sie nach Nov. 120 Kap. 7 §. 1 überschuldete Grundstücke, die folgeweise Nichts einbringen, zu Nutz der Kirche und unter besonderen Formen veräußern. Insbesondre aber stellt c. 2, §§. 2 3.

C. 10 qu. 2 fiskalisch belastetes Kirchengut veräußerlich, die Immunität der Kirche zu wahren.

Nach c. 3 §. 2 C. 10 qu. 2 geht jeder Kirchengutsveräußerung, Hingabe in Nießbrauch u. s. w., die materielle Untersuchung der Nothwendigkeit oder Nützlichkeit voraus, vor zwei oder drei Bischöfen derselben Provinz oder der Nachbarschaft, welche schließlich auch die Urkunde unterfertigen. Weniger nützliche Güter dagegen (§ 3 ibid.) dürfen ohne Weiterungen an Geistliche oder Laien zum Gebrauche gegeben werden, falls nur das Recht der Kirche über sie gewahrt bleibt. Des weltlichen Dekrets geschieht hier überall, und nicht ohne Absicht, keine Erwähnung.

Bei Zuwiderhandlung gegen das Veräußerungsverbot in den festgestellten Schranken unterliegt der betreffende Kirchenbeamte u. s. w. den in §. VII. §. 3 A 2 angegebenen Strafen (Nov. 7 praef. pr.), ist der Erwerber der Eigenthumsklage ausgesetzt, ohne Retentionsrecht wegen des Preises, für welchen ihm nicht die Kirche (nicht einmal de in rem verso), wohl der veräußernde Kirchenbeamte haftet, wobei die Interessenfrage von dem guten Glauben des Empfängers abhängt. c. 14 ss. eccl. 1, 2. c. 17 ibid. nov. 7. So sehr dieser Regreß in der allgemeinen Rechtskonsequenz und Billigkeit begründet ist und auch das Interesse der Kirche für sich hat, damit der geistliche Vorstand nicht sie selbst zu schädigen versuchen möge: so möchte doch c. 2, 10 C. 10 qu. 2 ihn noch lieber verweigern, womit dann freilich der s. g. fromme Betrug sanktionirt wäre. Denn kaum würden die geistlichen Obern dem veräußernden Beamten den Preis belassen, die Kirche also würde am Ende den Preis neben der Wiedererlangung des Kirchengutes lukriren.

Wie der Käufer der Kirche gegenüber Waare und Preis einbüßt, so muß der Beschenkte ihr das Doppelte ersetzen (Nov. 7 Kap. 5 §. 1), der Eintauschende beide Objekte (§. 2 ibid.), der ungesetzliche Erbpächter ohne Rechtserwerb den canon fortwährend zahlen (Kap. 7 pr. ibid.), so verliert endlich nach Nov. 120 Kap. 11, falls ungesetzlich verpfändet ist, der Gläubiger ebenso sein Forderungsrecht. Dieß alles sind Konsequenzen ein und desselben Prinzips, welches sicherlich dem Kredit der Kirchen mehr schadet, als durch den Vollzug solcher Strafen ihnen Vortheil zuwachsen kann.

Kirchengutsverwalter und deren amtliche Sekretäre nebst Verwandten und Verschwägerten dürfen nicht emphyteutische, Pacht- oder Pfand-Verträge mit der Kirche eingehen. Die Zuwiderhandlung ist nichtig, und fällt nach dem Tode des Kontrahenten, resp. seines Verwandten, deren Vermögen an die Kirche. Nov. 120, Kap. 5, §. 1.

Alle diese Vorschriften sind auch durch kaiserliches Reskript nicht zu entkräften; die ein solches Reskript vollziehenden Beamten trifft Geldstrafe, die demselben gehorsamenden Geistlichen, Notare u. s. w. fallen unter die leoninischen Strafen. Nov. 7, Kap. 9 pr.

Ausnahmslos unveräußerlich ist Alles, was unter dieser Willensbeschränkung der Kirche zugewendet wurde; tacite gilt diese Willensbeschränkung für Zuwendungen seitens des Kaisers. c. 2 pr. C. 10 qu. 2.

Im ausgebildeten kanonischen Recht (vgl. Richter, K. R. 4. Aufl., §. 306) sind auch Mobilien von höherm Werth nicht frei veräußerlich, dagegen unbebaute Immobilien in Erbzinsrecht zu geben, heimgefallene Lehen und Emphyteusen wiederverleihbar, Generalhypotheken bestellbar. Im Uebrigen ist gültig die Veräußerung (Verleihung zu Lehen, Emphyteuse, Erbpacht; Belastung mit Dienstbarkeiten; Spezialverpfändung), welche aus Noth (Schulden halber) oder zum offenbaren Vortheil der Kirche oder zu Unterstützung der Armen in allgemeiner Noth oder zu Gefangenenloskauf (arg. a potiori aus §. VII, §. 3 A 2) geschieht; in all diesen Fällen durch Dekret des Ordinarius.

In Uebereinstimmung mit dem römischen Recht kann, bei Nichtigkeit der Veräußerung, der Veräußerer selbst vindiziren.

Dieß alles gilt ebenso für die evangelischen Kirchen; an Stelle des Bischofs steht hier in obiger Hinsicht der Landesherr.

§. 10. Anlangend die res litigiosae, so ist mit der Manzipation selbst veraltet der Urfall, daß der Vindikant das Eigenthum zwischen Litiskontestation und rechtskräftigem Urtheil einem Dritten manzipirte. Bachofen ausgew. Lehren S. 59 ff. Gai. 4, 117 und die bei Böcking ebend. Citirten. Heutzutage kann durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nur der Besitzer Eigenthum veräußern; Erbgang enthält keine Veräußerung; bei Vermächtniß zessirt unser Veräußerungsverbot. Allerdings aber kann der nicht-

beſitzende Kläger verpfänden, und findet alſo die exceptio litigiosi immer noch gegen die actio hypothecaria eine Anwendung, welche wir hier nicht weiter zu verfolgen haben. [1]) Vgl. Bachofen a. a. O. S. 86.

Geht die Klage ihrer Natur nach nicht gegen den Beſitzer als ſolchen, ſo iſt nicht die res, ſondern die actio (Klagrecht, klagbares Forderungsrecht) litigiös. Die Unveräußerlichkeit liegt alſo hier auf Seiten des Klägers; er kann die Forderung nicht zediren, nicht verpfänden u. ſ. w. Er iſt hier der Habende, wie dort der Beklagte. Vgl. Seuffert, Arch. I (1847) Nr. 201.

Die römiſche Litigioſität hat, trotz mehrfachen Widerſpruches, ihre reichsgerichtliche Anwendbarkeit behauptet. Vgl. de Cramer obs. 14 (ed. 1758). Dagegen berief man ſich wol auf l. 4, 1 al. jud. mut. c. 4, 7, wo aber von ganz andrer Frage gehandelt wird, nämlich daß unter das Edikt und deſſen Strafe (Schadenserſatzklage quanti nostra intersit, alium adversarium nos non habuisse: l. 1 pr. ibid.) wegen Uebertragung des ſchwebenden Prozeſſes auf einen Mächtigern und zum Nachtheil des Gegners nur derjenige fällt, welcher dolo malo den Prozeß übertrug, die Sache behielt. Indem man dieſe Stelle, welche von Sachveräußerung gar nicht redet, fälſchlich von dem Veräußerungsverbot der res litigiosa verſtand und demnach annahm, auch letzteres beſchränke ſich auf fraus adversarii, ſo gab es nun praktiſch ſtets eine Ausrede gegen die Annahme einer ſolchen fraus bei dem konkreten Beklagten, und war das Veräußerungsverbot illuſoriſch. Dazu fügte man als Grund die lange Dauer der modernen Prozeſſe im Gegenſatz zu den römiſchen, woraus man, inſofern mit Recht, ſchloß, daß unſere Unveräußerlichkeit den Eigenthümer einer ſeiner wichtigſten Befugniſſe recht eigentlich beraube. Vgl. Leyser, spec. 518 med. 1; a Pufendorf (ed. 1770) tom. IV obs. 201. Aber dann ſollte man die Prozeſſe abkürzen; hinc illae lacrymae; nicht dem Unweſen zu lieb verſtändige Rechtsgrundſätze opfern. Auch ſteht der vortheilhafteſten Veräußerung Nichts im Wege, wenn

1) Gegen jede ſpätere Klage eines Dritten auf daſſelbe juriſtiſche Streitobjekt ſteht dem Beklagten die exceptio litigiosi zu. Marcian l. 1, 2 quae res pign. 20, 3.

nur der Veräußernde dem Erwerber kavirt; der Kläger muß ja erſt ſiegen, um anfechten zu können.

Res litigiosae ſind, um die künftig mögliche Exekution in natura zu ſichern, unveräußerlich, zu Gunſten des Klägers, bindend nur für den Beklagten (l. 1, 1 litig. 44, 6); ſeit Inſinuation [1]) der gerichtlichen Klage an den Beklagten (Nov. 112, Cap. 1), oder, wie Andr. Gaill practic. obss. I obs. 74 Nr. 16 ſich ausdrückt: a citatione rite decreta et executa, atque in ea causa expressa, ob quam in judicium vocetur (Vorladung, welche Litispendenz zu begründen gehörig geeigenſchaftet iſt); im frühern Ordinarprozeß: ſeit der Litiskonteſtation, d. i. post judicium acceptum. Pap. l. 13 fam. erc. 10, 2 und fragm. de jure fisci §. 8: Res autem litigiosa videtur, de qua apud suum judicem causa delata est. Nie durch außergerichtliche Denúnziation ſeitens des Klagberechtigten an den Beſitzer, welche etwa geſchieht, um den beabſichtigten Verkauf zu hemmen. Ulp. l. 1 pr. h. t. 44, 6.

Zuwiderhandlung gegen das geſetzliche Verbot enthebt den Beklagten, nach den Grundſätzen über fingirten Beſitz, nicht ſeiner Pflicht, den Prozeß durchzuführen, und entzieht ihn nicht eventueller Verurtheilung; c. 1 Theod. cod. h. t. 4, 5 = c. 2 Just. cod. ibid. 8, 37 von Conſtantin.

Bleibt der Prozeß nach der Litiskonteſtation liegen, ſo kann zwar der jetzige Beſitzer (Beklagte) nicht erſitzen — offenbar vorbehaltlich der Verjährung der Litispendenz —, wohl aber unter allen Umſtänden ſein gutgläubiger Singularſucceſſor: c. 1 praescr. l. t. 7, 33 von Sever und Antonin. Dieß folgt aus dem Satze, daß Litigioſität nur inter partes wirkt; die Parallele bieten die perſönlich gefaßten richterlichen Veräußerungsverbote.

Stirbt der Beklagte, ſo dürfen nach Nov. 112 Cap. 1 ſeine Erben die ſtreitige Sache reell theilen. Unrichtig iſt aber der im

---

1) Dem gleich ſteht, si per reum factum fuit, quominus ad eius notitiam (citatio) perveniret. Auf alle Fälle muß die Vorladung, um Litispendenz zu begründen, Alles enthalten, per quae plene possit (reus) instrui super quibus in judicio convenitur. cap. 2 Clem. ut lite pend. nil innovetur 2, 5.

Geſetze angegebene Grund, daß darin keine Veräußerung liege; nur für den Erbfall an ſich iſt dieß zuzugeben. Dennoch entſpricht die Entſcheidung ſelbſt dem für die Forderungsrechte uralten Satze: nomina ipso jure inter heredes divisa sunt Das gleiche Reſultat ſoll die Realtheilung für Eigenthum und dingliche Klagrechte zu Wege bringen dürfen.

Die Litigioſität alterirt keine Rechte, welche bereits vorher über die Sache zuſtanden. So kann ſie, war ſie verpfändet, distrahirt werden; c. 1 h. t. 8, 37. Ja, der hypothekariſch Verklagte distrahirt ſie gültig, falls er aus dem Erlöſe den Kläger befriedigt. Nov. 112 Cap. 1. Vgl. Seuffert Arch. VII (1854) Nr. 12. Unrichtig iſt die Anſicht, wonach actio hypothecaria überhaupt nicht hinreiche, die Sache litigiös zu ſtellen. Hertius resp. I, 347, zu Frage 5. Wurmser pract. obss. I tit. 13 obs. 7. Vielmehr ſteht jene Klage unter der Nov. 112 durch ihre Parallele zur rei vindicatio. Indem aber obige irrige Meinung eine „revocatoria (?) actio“ giebt für den Fall der Nichtbefriedigung des Klägers, kommt ſie doch wieder zum materiell richtigen Reſultat. — Iſt Generalhypothek Klagegrund, ſo vermag dieß nie einzelne Sachen litigiös zu ſtellen.

Hat der Beklagte weiterveräußert, ſo iſt die Veräußerung, wenn gleich nur um ſeines Gegners willen, ſo doch abſolut nichtig. Vgl. Brandis in der Zeitſchr. f. Civ. R. u. P. II Aufl. Bd. 7 S. 131 f. Er wird daher auch ſelbſt wol vindiziren können. Jedenfalls aber hat der Kläger gegen den Dritterwerber den gleichen Anſpruch, die Herausgabe der Sache zu verlangen, wie gegen den Erſtbeklagten. Siegt er daher gegen den Veräußerer, ſo kann er das Exekutionsmandat gegen den Erwerber erlangen. Die deutſche Praxis war dazu um ſo geneigter aus einem tragikomiſchen, aber gutkleidenden Mitleiden mit dem endlich Siegenden: „quum juris ratio non patiatur, ut actor tot judiciorum dispendia emersus, tantis fori sumptibus et pragmaticorum tanta morositate fractus, quum jam tandem victoria frui sperat, spe omni frustratus cum novo rei litigiosae possessore ex integro experiri necesse habeat. Rell.“ (Worte des Parladorius bei de Cramer ed. 1761 observ. 491.) Wem fällt dabei nicht die Bemerkung eines andern Praktikers ein, daß ein Prozeß damals

füglich länger lebte, denn ein Kameel? Vgl. auch Andr. Gaill pract. obss. I obs. 118: „Quamvis executio regulariter contra tertium non citatum neque in judicio nominatum aut condemnatum fieri nequeat (als res inter alios acta): tamen hoc singulariter fallit in eo, qui rem litigiosam emit; nam condemnato principali executio contra possessorem nullo instituto novo processu fieri poterit; quum ... iniquum foret tali casu actorem diversis defatigari judiciis.“ Andre nahmen das Gegentheil an zu Gunsten des gutgläubigen Dritterwerbers. — Die persönliche Verpflichtung des Erstbeklagten auf Rückgabe des empfangenen Preises an den Dritterwerber ist unberührt, aber als Strafe des bösen Glaubens, und um die Käufer abzuschrecken, schuldet der Dritterwerber dem Fiskus eine dem Preise gleichkommende Summe: Just. c. 4 pr. h. t. 8, 37,[1]) cf. fragm. j. fisci §. 8, Ulp. l. 2.

1) Die Auslegung der einschlägigen Worte der angeführten Verordnung ist überaus schwierig. Vgl. z. B. Mynsinger (ed. 1697) cent. 1 obs. 55. Der Kaiser sagt vom wissenden Käufer, compellendum non tantum rem redhibere, sed etiam pretio eius privari, non ut lucro cedat ei qui rem alienavit (d. h. Käufer kann vom Verkäufer wohl den Preis zurückfordern, muß aber, wie unten folgt, ebensoviel dem Fiskus zahlen), sed ut etiam alia tanta quantitas ab eo fisci viribus inferatur. Das „etiam“ kann die Vermuthung begründen, daß Käufer außer dem alterum tantum noch den Preis selbst an den Fiskus verlöre; daß also seine Preisklage gegen den Verkäufer ausgeschlossen sei, vielmehr dem Fiskus zustehe, der überdieß die Strafklage gegen den Käufer auf das alterum tantum anstellt. Das sähe dann im Resultat so aus, als seien beide Partheien gleich hart gestraft; in der That aber verlöre der Käufer das duplum ohne die Sache zu erhalten, der Verkäufer gar nichts, da er die Sache zurückerhält, den Preis also ohnedieß grundlos hat. Solche Gedankenlosigkeit oder Unbilligkeit können wir bei Justinian nicht annehmen. Es wird daher wol „ab eo“ = „a venditore“ zu verstehen sein; dann entsprechen die beiden „etiam“ einander, und ist zu übersetzen: „Käufer muß nicht nur die empfangene Sache herausgeben, sondern wird auch des Preises (vom Fiskus) beraubt (hatte er ihn dem Verkäufer bereits gezahlt, so zedirt er dem Fiskus seine Condiktion); Verkäufer muß nicht nur den empfangenen Preis (als Voraussetzung der Redhibition der Sache) dem Käufer erstatten, sondern überdieß das alterum tantum als Strafe (die der des Verkäufers gleich ist) dem Fiskus einzahlen.“ Vom Verkäufer wird hier, wie natürlich, vermuthet, daß er die Litigiosität kannte; trifft diese Vermuthung einmal nicht ein, so kann man ihn auch nicht strafen. Ebenso natürlich wird mala fides des Erwerbers nicht vermuthet. Hierin liegt keine ungleiche und darum unbillige Behandlung Beider.

Gai. l. 3 h. t. 44, 6 cf. id. l. 3, 1 al. jud. mut. c. 4, 7 —; wogegen, war er guten Glaubens, er den Preis und überdieß ein Drittheil deſſelben [1]) zurückbezieht, nachdem ihm die Sache als ungültig veräußert abgeholt worden iſt. War Schenkung Veräußerungsgrund, ſo vertritt richterliche Schätzung den Preis.

Auf Sachen und Rechte, welche Mitgifts-, Vergleichs-, Erbtheilungs halber, oder als Vermächtniß übertragen und empfangen ſind, findet das Veräußerungsverbot keine Anwendung, wol nach Umſtänden die ficta possessio. Just. c. s. c. §. 1. Eine andere Auslegung dieſes Geſetzes ſcheint angenommen in Gylmann's symphorema (ed. 1605) tom. II part. II vot. cam. imp. 49 Nr. 50—53, in einem Falle, wo Mitgifts halber veräußert war, und unter einfacher Feſthaltung der Litigioſitätsregel die Möglichkeit der Vollziehung des gegen den Veräußerer geſprochenen Erkenntniſſes gegen den Drittempfänger anerkannt wird. — Bei Vermächtniß ſind ſtets nur die Belaſteten berechtigt und verpflichtet, den Prozeß zu führen, der Legatar hat nur auf die Aeſtimation Anſpruch, Grat. Val. Theod. c. 3 ibid., d. h. auf das Reſultat des Prozeſſes (Nov. 112 Cap. 1), weßhalb er auf ſeinen Wunſch als Streitgenoſſe zuzulaſſen iſt, damit er nicht Nachläſſigkeit oder Verrätherei des Belaſteten hernach behaupte.

§. XII. Recht, fremdes Eigenthum zu veräußern.

Wie in den Fällen geſetzlicher Eigenthumsveräußerungsverbote der Eigenthümer das Eigenthum nicht veräußern kann: ſo hat umgekehrt der Fiskus, der Kaiſer und die Kaiſerin Veräußerungsrecht fremden Eigenthums. Dieß iſt ſo zu faſſen: Dritte älter berechtigte haben gegen den Erwerber keine dingliche Klage, nur eine vierjährige Klage gegen die Perſon des Veräußerers; c. 3 pr. quadr. praescr. 7, 37. Grund iſt die Sicherung des Erwerbs bei der zweifelloſen Solvenz des Veräußerers.

---

1) Iſt die in der vorigen Anmerkung gegebene Erklärung des juſtinianeiſchen Geſetzes richtig, ſo muß der Fiskus vom bösgläubigen Verkäufer die übrigen zwei Drittheile des alterum tantum beziehen.

Der Satz datirt seit Zeno (c. 2 ibid.), Einzelprivilegien an Fiskalkäufer gleichen Inhalts schon seit Leo. Auf gleichen Gründen beruhte das weniger durchgreifende ältre Recht (Mark Aurel), wonach die Vindikation auf fünf Jahre beschränkt war. §. ult. J. usucap. 2, 6 cf. c. 4 praesp. s. cub. 12, 5.

In Alexander's c. un. vend. r. fisc. 10, 4 ist ausgesprochen, daß schon seither der Fiskus als Miteigenthümer das Recht habe, das ganze Eigenthum zu versteigern, und dem Miteigenthümer lediglich gegen den Ersteigrer die partielle Preisschuldklage zustehe. Darin liegt, da jeder Miteigenthümer den Anspruch auf Realtheilung hat, nur die mehr formale Besonderheit des eigenmächtigen Distraktionsrechtes. Bei Insolvenz des Ersteigrers müssen wir die vierjährige Klage gegen den Fiskus auch hier anwenden.

In Konstantin's c. 1 Theod. cod. cur. kal. 12, 11 = c. 2, 2 Just. cod. deb civ. 11, 32:

> Quodsi quispiam debitor reipublicae civitatis fisco nostro locum fecerit: emptores qui ex fisco nostro comparaverint manifestum est secundum jus vetus et rescripta Divorum constitutionesque nostras nullam debere molestiam sustinere. —

ist nicht grade die Vindikation Dritter ausgeschlossen, sondern nur die Anfechtbarkeit des Verkaufs seitens des Schuldners, mag dieser selbst minderjährig sein; c. 1 Theod. cod. f. et j. hastae 10, 17 = c. 5 Just. cod. ibid. 10, 3 (Vat. fragm. § 37) von Valentinian, Valens und Gratian; während der Fiskus das Eigenthum von gesetzlich Unveräußerlichem (für Kirchengüter abweichend Seuffert Arch. V. [1852] No. 108) nie überträgt, also auch nicht von Sachen Minderjähriger, es sei denn, um ihre Schulden zu bezahlen. Nie darf der Fiskalverkauf mittelst Kollusion oder sonstigen Betrugs erfolgt sein, was sich insbesondere an einer nicht zu rechtfertigenden Niedrigkeit des Preises zeigt; endlich muß alle Form (sollemnitas hastarum) stattgefunden haben. Diocl. Max. c. 3 si adv. fisc. 2, 37. Ungültig ist unter der Hand geschehener Privatverkauf; ungültig das Ganze, wenn die Beiladung des Schuldners unterblieben war; ungültig die Versteigerung von Grundstücken, während ausreichende Mobilien vorlagen. Im Ganzen vitiirt der Mangel aller solcher gesetzlicher Formen, deren Nichtbeobachtung der Käufer wahrnehmen konnte und mußte.

Vgl. Leyser spec. 239 med. 5. Geht man weiter, ſo muß man jedenfalls die Früchte der Zwiſchenzeit dem Sacherſteigerer belaſſen.

Wenn dieſelben Kaiſer in c. 8 remiss. pign. 8, 26 reſkribiren:

„Falls, hypothecas fisco distrahente creditores silentio tradiderunt negotium: ſo iſt es klar, daß ſie ihre in rem actio verloren haben. Nam fiscalis hastae fides facile convelli non debet.“ —

ſo liegt in dem dispoſitiven Theile gar keine Singularität; dagegen iſt die in ſich geſunde Schlußratio einer Ausbildung fähig, und dieſe ward ihr zu Theil in den ſpäteren Rechtsſätzen, lehrend, daß es ſich hier weniger um fiskaliſchen Vortheil — höchſtens darin, daß gegen den Fiskus nur binnen vier Jahren zu klagen iſt — handle, als um die Sicherung des publica auctoritate Erwerbenden, was in neuern Partikularrechten noch weitere Anwendung gefunden hat.

Ueber die moderne Anwendbarkeit der in dieſem Paragraphen erörterten Singularität ſiehe Sintenis Civ.-R. I. §. 39 Not. 4, und Seuffert Arch. V. (1852) No. 109. Verkehrt iſt der Einwand, daß wir hier eine ſtaatsrechtliche Frage vor uns hätten. Nicht ging das römiſche Recht dabei von einem hoheitlichen Gewaltrecht aus, in die wohlerworbenen Vermögensrechte der Unterthanen einzugreifen; man kann alſo aus dieſem Standpunkte nicht die Beſtimmung als eine unpraktiſche erweiſen. Aus dem vieldeutigen ſtaatsrechtlichen Satze „princeps legibus solutus est“ wären freilich noch ganz andere Dinge abzuleiten, aber am wenigſten wol für den Fiskus als ſolchen. Und auch Kaiſer und Kaiſerin kommen hier lediglich als Privatperſonen in Betracht, freilich als diejenigen Privatperſonen, denen publiziſtiſch der Souverän und ſeine Gemahlin entſpricht. Endlich hat der Wegfall des römiſchen Kaiſerthums (deutſcher Nation) den römiſchen Rechtsſatz für Augustus und Augusta nicht entkräftet, ſondern derſelbe iſt gemeinrechtlich anwendbar auf die modernen deutſchen Souveräne. Wer der Souverän ſei, der Kaiſer oder ein früherer Reichsfürſt, ändert im Begriffe des Souveräns Nichts, Nichts an deſſen Identität in ein und demſelben Territorium, welches gleichwohl nur ein Theil des früheren ſein mag.

§. XIII. Sonstige Vindikationsbeschränkungen.

§. 1. Sonstige Vindikationsbeschränkungen, ohne definitiven Eigenthumsverlust, sind:

1) mit interimistischem Eigenthumsverlust: bei tignum junctum — 2) ohne interimistischen Eigenthumsverlust: bei rein mechanischer Verbindung mit fremder Sache.

Hier ist nicht wie dort die rei vindicatio für die Dauer der Verbindung unbedingt ausgeschlossen, sondern es muß ihr lediglich die Klage auf Vorweisung zur Bewirkung der Trennung (ad exhibendum actio) vorhergehen, damit die Selbständigkeit der zu vindizirenden Sache hergestellt werde. Hierbei muß man nur an die wörtliche und thätliche „vindicatio" des alten römischen Prozesses denken. Vgl. Paul. l. 6 exhib. 10, 4. — Im materiellen Sinne liegt daher wahre gesetzliche Eigenthumsbeschränkung nur im ersteren dieser beiden Fälle vor.

§. 2. Ueber tingnum junctum vgl. Gregorii Majansii (ed. 1752) disp. 48., Huschke ad l. XII tabb. de tigno j. comm. Vratisl. 1837, Puchta in Zeitschr. f. Civ.-R. u. -Proz. XI (1838), 10, v. Vangerow Lehrb. 6. Aufl. (1851) §. 300 Anm. Tignum (vgl. lignum von legere; in dem tegere liegt der gemeine Nutzen) junctum — dem gleich steht t. de aedibus sive vineis ea mente depositum ut reponatur, gemäß dem Pertinenzbegriff und arg. Paul. l. 83, 5 v. o. 45, 1 — ist gemäß den Auslegern der zwölf Tafeln jeder Stoff, aus welchem das Gebäude besteht, sogar die Dachziegel, der Kalk u. s. w., resp. der dem Weinberge nothwendig ist, wie Pfähle, Stützen u. dgl. l. 1, 1 h. t. 47, 3. l. 7 exhib. 10, 4.

Die zwölf Tafeln gestatten nach l. 1 cit. pr. das tignum furtivum weder zu lösen noch zu vindiziren, damit nicht unter diesem Vorwande das Gebäude zerstört, die Weinkultur unterbrochen werde. Ersatz bietet eine persönliche Klage gegen den jungens auf das Doppelte. Vgl. Glück Komm. III S. 609. 610. Hier ist nun vor Allem der Begriff des t. furt. zweifelhaft. Daß das tignum dann nicht furtivum sei, wenn das Einfügen des Materials mit Wissen des Herrn des Materials geschah (l. 63 don. i. v. et u. 24, 1), daß also dann die actio de tigno juncto zessire, ist klar.

In allen anderen Fällen ſcheint aber das tignum im Sinne der zwölf Tafeln furtivum zu ſein. Wenn nicht einmal der wirklich beſtohlene Stoffeigenthümer die Löſung durchſetzen konnte, wie mochte man ihm dieſelbe geſtatten in Fällen, wo ſein Rechtsgefühl nicht ſo ſtark verletzt war? Nicht leicht kommen bewegliche Sachen ohne furtum in ächten Beſitz eines Dritten: Gai. 2, 50; ſo erklärt ſich der enge Wortlaut der 12 Tafeln, ſo die Stellung unſeres Pandektentitels hinter dem de furtis. Die „Furtivität" iſt hier alſo rein objektiv zu verſtehen; clam domino junctum est; ſoweit geht ja auch die ebenfalls auf dem Tafelgeſetz beruhende Nichterſitzbarkeit des tignum junctum, denn die allgemeinen Grundſätze, aus welchen dieſelbe für das neuere Recht folgt, ſind offenbar ſpäterer Bildung. — Ferner kann die Auslegung nicht bei dem „jungens" ſtehen geblieben ſein. Auch er war regelmäßig der Hausherr; aber dieſe Vorausſetzung traf nicht immer zu. War er nicht der Hausherr, wurde ihm aber ſubjektiv geſtohlen zu haben bewieſen, ſo war die Strafe des Doppelten ſchon an ſich gerecht. Wie aber, falls er nicht geſtohlen hatte, falls kein wahrer Diebſtahl vorlag? Hier konnte die Klage nur als eine reipерſekutoriſche und nur [1]) gegen den Hausherrn als den Inhaber des fremden Stoffs gehen, ein Erſatz der rei vindicatio. [2]) Die-

---

1) Vgl. Tafel (württembergiſche) auserleſene Civilrechtsſprüche II. Heft 1 (Stuttgart 1854) Nr. 22 S. 127—132.

2) Vgl. Paul. l. 98, 8 sol. 46, 3, i. f.: Denique lex XII tabb. tignum aedibus junctum vindicari posse scit, sed interim id solvi prohibuit, pretiumque eius dari voluit. — Ueber die Berechnung des Preiſes iſt hier Nichts geſagt. Daß aber das Doppelte des unmittelbaren Balkenwerthes gemeint ſei, erhellt aus Deſſelben l. 23, 6 r. v. 6, 1: Tignum alienum aedibus junctum nec vindicari potest propter l. XII tabb., nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi adversus eum, qui sciens alienum junxit aedibus; sed est actio antiqua de tigno juncto, quae in duplum ex l. XII tabb. descendit. — Gerade als Troſt für den Mangel interimiſtiſcher ad exhib. a., alſo gerade auch gegen den bona fide jungens, iſt hier auf die Tafelklage in duplum verwieſen. Zweifelhaft bleibt hier nur, ob vorausgeſetzt ſei, daß ein Dritter den Balken wirklich geſtohlen habe und deſſen reale Furtivität noch fortdaure. Aber dann wäre der Troſt kein ausreichender. Zumal da der Juriſt „tignum alienum" ohne „idque furtivum" ſagt, und wir die Tragweite des Geſetzes nicht willkührlich beſchränken dürfen. Die Stellen, welche von „furt. t." reden, ſind nicht entgegen, wenn man nur kein argu-

jenigen neuern Juriſten, welche die a. de tigno juncto ſoweit nicht erſtrecken, ſind denn auch billig genug, eine in factum actio eintreten zu laſſen; vgl. v. Bangerow §. 300 Anm. Indeß gerade für dieſe in factum actio fehlt hier jedes Quellenzeugniß; insbeſondere der übrigens ſehr kurze Pandektentitel de tigno juncto hätte ihrer gedenken müſſen. Sehen wir von der h. z. T. gleichgültigen Benennung der Klage ab, ſo haben wir nur das Doppelte als Klageziel gegen den Hausherrn als ſolchen nach unſerer Anſicht zu rechtfertigen. Dieß Doppelte iſt lediglich Sühnung des durch das Rechtsgeſetz verletzten Eigenthumsgefühls, und auch dem Hausherrn nicht unbillig, da, falls er einzureißen genöthigt würde, ſein Schaden weit höher ſich belaufen müßte; auch braucht er das Doppelte nicht zu zahlen, falls er bereit iſt, das tignum in Natur herauszugeben. Das Geſetz prohibirt nur, daß das verbaute tignum in actione, nicht, daß es in solutione ſei; andrerſeits verliert durch deſſen Auslieferung die reiperſekutoriſche perſönliche Klage ihre Begründung. Vgl. §. 29 I. r. d. 2, 1 (Gai. l. 7, 10 a. r. d. 41, 1): „lege .. cavetur, ne .. tignum eximere cogatur.“ Glück Komm. VIII, S. 74.

Auch ad exhibendum actio ſteht zu, nur nicht gegen den Beſitzer als ſolchen, denn „gelöſt“ ſoll nicht werden, ſondern gegen den mala fide jungens als einen qui dolo malo fecerit quominus possideat: l. 1, 2 h. t. 47, 3. l. 23, 6. r. v. 6, 1 (Paul.).

Falls, nach Ulp. l. 2 h. t. 47, 3, tigni furtivi ... nomine geklagt iſt, „deliberari poterit, an extrinsecus sit (überſetze: möglich ſei) rei vindicatio; et esse non dubito.“ Nach arg. a contr. §. 29 I. r. d. 2, 1 bleibt nach Löſung des Stoffs vom Gebäude durch Zerſtörung des letzteren die Vindikation ausgeſchloſſen, si materiae dominus duplum jam persecutus fuerit. In der Kompilation ſind alſo beide Stellen zu folgendem Rechtsſatz zu

---

mentum a contrario aus ihnen zieht. Genau daſſelbe Verhältniß zwiſchen ad exhib. und de tigno j. a. und die gleiche Entſcheidung findet ſich in desſelben Paul. l. 6 ad exhib. 10, 4. Der einzige Paulus iſt alſo dreimal in ganz verſchiedenen Theilen der Pandekten rezipirt; hat er die Tafeln mißverſtanden, ſo kann doch von einem Verſehen der Compilatoren keine Rede ſein, noch ein Zweifel an dem Sinne des juſtinianeiſchen Rechts.

kombiniren: nicht ſchon die Anſtellung der a de tigno juncto, ſondern erſt die Erlangung des Doppelten ſeitens des Klägers macht den Hausherrn zum definitiven Eigenthümer des Balkens; ſie wirkt kaufähnlich, als geſetzliche litis aestimatio; der Balken erſcheint als brevi manu in Folge jener Preisannahme übergeben. Oder: die gewöhnliche Bedeutung von „extrinsecus“ iſt: „von anderer Seite her“; hat der objektiv Beſtohlene das Doppelte erlangt, war aber nicht Eigenthümer des Balkens: ſo ſteht dieſe res judicata der Vindikation des dritten Eigenthümers nach Zerſtörung des Hauſes nicht im Wege. Beide Auslegungen führen zu einem materiell richtigen Reſultat. Endlich, lag auch in ſubjektiver Beziehung Diebſtahl vor, ſo liegt es im Weſen der poena dupli bei furtum nec manifestum, daß die rei vindicatio oder die condictio furtiva kumulativ zuſteht; indeſſen iſt dort ſchon die gemeine furti actio die kompetente Klage, nicht erſt die de tigno juncto des klaſſiſchen Rechts.

§. 3. Die gemeinrechtliche Gültigkeit der deutſchen Rechtsvorſchrift „Hand muß Hand wahren“ wird wol mit Recht bezweifelt.[1]) Auch geſtaltet ſich ihre Auslegung in rezipirenden Partikularrechten ſo ungleich, daß es kaum möglich ſcheint, ſubſidiäre Rechtsnormen darüber aufzuſtellen. Innerlich geſund, wenn man den Rechtsſatz nicht lieber ganz fallen laſſen und dem Eigenthum an Mobilien ſeine volle Würdigung wieder zutheilen will, erſcheint uns, bei der Unmöglichkeit, öffentliche Bücher über alles Mobiliareigenthum zu führen, die Geſtattung einer Retentionseinrede des Dritterwerbers, der ſeinen Uſukapionsbeſitz darthun kann, wegen des gezahlten Preiſes. Denn auch der Eigenthümer, und zwar dieſer zuerſt,

1) Wo ſie gilt, iſt darum keine qualitative Verſchiedenheit des Eigenthums an Immobilien und Mobilien begründet, ſondern hat das Mobiliareigenthum nur ſchwächern Rechtsſchutz. Vgl. von Hahn, die materielle Uebereinſtimmung der röm. u. germ. Rechtsprinzipien. Jena 1856. S. 314 ff. Dieß iſt insbeſondere dann nicht zweifelhaft, wenn man den von uns im Verfolg des Textes gelehrten Satz feſthält, daß die Vindikation ipso jure ſtets zuſtehe. — Das Verdienſt des von Hahn'ſchen Buches beſteht darin, das Ueberſchwengliche und nicht ſelten Tendenziöſe des Schmidt'ſchen Werkes (der prinzipielle Unterſchied zwiſchen dem röm. und german. Rechte. Roſtock und Schwerin 1853) gut herausgehoben und widerlegt zu haben.

kreditirte dem Autor jenes Dritterwerbers; aber nicht das Eigenthum kreditirte er, sondern nur den Vermögenswerth der Sache. Demnach müßte die Retentionseinrede ausgeschlossen sein, wenn der Kläger die Unfreiwilligkeit seines Besitzverlustes darthun kann. Dagegen erscheint es verkehrt (Seuffert Arch. III [1851] Nr. 6), die Zulassung der Vindikation an sich an die Führung dieses Beweises zu knüpfen. Da der Rechtssatz nur auf Mobilien, welche man freiwillig aus seiner Wehre ließ, Anwendung findet: so ist diese peremptorische Einrede durchaus vom Beklagten zu beweisen; beweist er sie nicht, so erzielt er mit der Einrede seines gutgläubigen Erwerbs das Retentionsrecht wegen des Preises; und auch dieses ist beseitigt durch den replicando geführten klägerischen Beweis der Unfreiwilligkeit des Besitzverlustes. Vgl. v. Savigny Obl. R. II (1853) S. 154 f.

§. XIV. Sonstige Eigenthumsbeschränkungen. [1]

§. 1. Die zwölf Tafeln verbieten, einen Todten in der Stadt Rom zu begraben.[2] Cic. de legg. II, 23 §. 58. Dasselbe gilt später für alle Städte und vermag kein Gemeindestatut (lex municipalis) dieß umzustoßen. Generalisirte Reskripte Hadrian's setzen auf Zuwiderhandlung je eine fiskalische Buße von vierzig Goldstücken gegen den Zuwiderhandelnden, sowie gegen die duldende Behörde; die Stätte wird von Staatswegen versteigert, der Leichnam aus der Stadt übersiedelt; l. 3, 5 sepulcro viol. 47, 12. Auch darf nicht in zu großer[3] Nähe von Häusern auf dem Lande ein

---

1) Vgl. Dirksen in Zeitschr. f. G.-R.-W. II (1816) Nr. 16 S. 405—31.

2) Text der zwölf Tafeln: „Hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito.“ Dirksen zwölf Tafeln (1824) tab. X fragm. 1 S. 659—61. Die Vorschrift ist aus dem Pontifikalrecht in das weltliche Recht übergegangen, theils wegen des Verwesungsgeruchs, theils wegen der Brandgefahr. Auch die Entziehung aus dem Commerzium, die Unmöglichkeit einer Bauanlage, mag als Grund mit untergelegen haben. Ausnahmen wurden in einzelnen Fällen für berühmte Verstorbene gemacht.

3) Nicht denselben Gegenstand behandelt die bei Cicero referirte Bestimmung der zwölf Tafeln X fragm. 10 bei Dirksen S. 692—5: Quod rogum bustumve novum vetat propius sexaginta pedes adjici aedes alienas invito domino, incendium veretur acerbum.

Grabmal angelegt werden; doch ist insoweit das Gesetz lediglich dispositiv, durch Einwilligung der Hausherren u. s. w. zu beseitigen: l. 3 mort. inf. 11, 8, steht somit mit dem andern Fuße im Nachbarrecht.

Der Vorplatz der Begräbnißstätte ist unersitzbar[1]) nach den zwölf Tafeln bei Cicero a. a. O. Dieselben Gesetze verfügen, daß nichts Ueberflüssiges, insonderheit keine Kostbarkeiten, mit den Todten begraben werden (Cic. l. c. II, 24 §. 60 sqq.), ja daß die Grabmäler selbst nicht zu kostbar sein sollen (Cic. ibid. cap. 26).

In Letzterem haben wir als Grund die Sicherung der Todten gegen frevlerische Beraubung, und die Steuerung des Luxus zu erkennen; in den übrigen Bestimmungen die Absonderung der Grabstätten von den menschlichen Wohnungen, gewiß auch schon mit Rücksicht auf den allgemeinen Gesundheitszustand.

Der Grundherr darf den ohne seine Einwilligung in sein Grundstück eingebrachten Todten nicht eigenmächtig wieder ausgraben und beseitigen. Aber diese Unterlassungspflicht hat keinen dinglichen, das Eigenthum beschränkenden Charakter; der beseitigte Todte bleibt gültig beseitigt; nur enthielt die Beseitigung eine persönliche Unbill, darum dem Inferenten die injuriarum actio gegeben wird; die Injurie lag aber lediglich in der Form der Handlung (Mangel der obrigkeitlichen Ermächtigung), welche das religiöse Gefühl des Einbringers beleidigen mußte: Ulp. l. 8 pr. rel. 11, 7. In Puchta's Kursus der Institutionen ist dieser Fall freilich unter den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen aufgezählt; aber z. B. auch die Pflicht des Eigenthümers zu Bestellung der damni infecti cautio. Dieß letztere kann man nicht für alle Fälle darum allein verwerfen, weil das cavere ein facere ist und die Eigenthumsbeschränkungen in einem Thun des Eigenthümers nicht bestehen können. Sondern es muß vielmehr die Beschaffenheit der durch die Kaution zu sichernden Obliegenheit des

---

1) Der Zwölftafeltext hat hier, wie es scheint, nicht die ihm sonst geläufige Redeweise: „aeterna auctoritas esto", sondern verbietet das „usucapi." Vgl. Dirksen Taf. X fragm. 11 S. 695—8. Offenbar, weil hierin zugleich jedes „uti" verboten war. Die Unbetretbarkeit des Vorplatzes schützte die Todten am Wirksamsten.

Eigenthümers den Ausschlag geben. Besteht diese in einem Unterlassen, so haben wir eine ächte gesetzliche Eigenthumsbeschränkung; so z. B. si tam alte fodiam in meo, ut paries vicini stare non possit. Vgl. l. 24, 12 d. inf. 39, 2.

Bei der heut zu Tage allgemeinen Einrichtung öffentlicher Kirchhöfe kann Niemand mehr aus eigner Autorität den eigenen (oder fremden) Grund und Boden zum Begräbnißplatz auswählen. Das Begräbnißrecht zählt unter die Pfarrgerechtsame. Vgl. J. H. Böhmer jus paroch. sect. 4 cap. 2, §. 2. Es ist dies keine besondere gesetzliche Eigenthumsbeschränkung, sondern lediglich eine Wiederherstellung der Regel, daß Privatautorität die Sache nicht extra commercium zu stellen vermöge, für diesen bei den Römern ausgenommenen Fall.

§. 2. Aus seinem Grundbesitz eine Festung zu machen, ist im römischen Rechte aus rein politischen Gründen verboten, daher und aus dem Grundsatze allgemein und nothwendig zulässiger Selbstvertheidigung da gestattet, wo die Unsicherheit des Landes es erfordert. Hon. Theod. c. 10 aedif. priv. 8, 10.

Ebenfalls polizeilicher Natur, in faciendo bestehend, wie die Grundsteuer u. A. (l. 14, 2 mun. 50, 4), daher keine gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen, vielmehr gesetzliche „Reallasten", sind die Vorschriften über feste Konstruktion und Instandhaltung (c. 8 tit. cit. l. 7 off. praes. 1, 18) der Häuser, die Pflichten der Hausbesitzer den öffentlichen Weg herzustellen und die Gassen rein zu halten. Pap. l. un. via publ. 43, 10.[1]) Auch auf dem Lande

1) Vgl. die einschlägigen Bestimmungen der tabula Heracleensis (lex Julia municipalis a. u. 709, vgl. von Savigny in d. Zeitschr. f. G. R. W. IX [1838] Nr. 11; eine lex satura), zunächst für Rom und dessen Vorstädte, bei Marezoll fragm. l. Rom. in aversa tab. Heracl. parte, Gott. 1816, p. 20—35, 93—108 und bei Dirksen ziv. Abh. II (1820) Nr. 2, besonders S. 201—72. Die Pflicht, viam, semitam (Trottoir) tueri, liegt hiernach den Hauseigenthümern (bonae fidei possessores) nach Verhältniß der Länge und Breite desselben Weges, d. i. der öffentlichen Passage, vor eines Jeglichen Hause ob; nimmt der Miether ihrer wahr, so sind das Impensen in Abzug auf den Miethzins. Das tueri ist theils ein sternere (pflastern), theils ein reficere (ausbessern). Außerdem, und hierin liegt nichts den Hauseigenthümern Besondres, nur bei ihnen am Leichtesten Ueberschrittenes, haben sie Alles zu vermeiden, was den Weg für den gemeinen Gebrauch

mußte der Bauer um die Saaten den Weg im Stande halten, insbeſondere, nach antiker Einrichtung, das Pflaſter, ſowie die Gränzſteine (lex Mamilia bei Rudorff in Ztſchr. f. G. R. W. IX. [1838] No. 12 S. 383 f.)[1]) konſerviren, widrigenfalls der Vorbeifahrende das Fuhrwerk über das Grundſtück treiben durfte. Fest. v. viae. Cic. pro Caec. 19, 54. Hier war alſo, ſchon nach den zwölf Tafeln (VII. fragm. 7, bei Dirkſen S. 484. 5.), Eigenthumsbeſchränkung für die Dauer des ungeſetzlichen Zuſtandes[2]) vorhanden. Deutſchrechtlich rezipirt iſt die Pflicht der Angränzer zur Herſtellung des öffentlichen Weges. Sie wurde ſeitens des Königs wahrgenommen, ohne daß Verleihung von Land und Bauern dem Belehnten ein Recht gab, ſeine Bauern davon zu emanzipiren. Davon gab es und durfte es keine Befreiung geben; nicht einmal die Kirchen und Stifter, nicht einmal die kaiſerlichen Güter ſelbſt waren davon frei. Leyser spec. 25 med. 6. — Iſt ein öffentlicher Weg durch Naturgewalt, z. B. Erdſturz, Ausbreitung eines Fluſſes, untergegangen: ſo muß nach l. 14, 1 quemadm. serv. am. 8, 6 der nächſte Nachbar, ſo weit nöthig, von ſeinem Grundſtück

---

ſchwieriger, unbequemer macht; insbeſondere, damit daſelbſt kein Waſſer ſich anſammle, für Abzugskanäle zu ſorgen und dieſe zu unterhalten. Die Aedilen führten die Oberaufſicht und hatten zu dieſem Ende die ſtädtiſchen Quartiere alsbald nach Amtsantritt unter ſich zu vertheilen. Verabſäumten die Hausbeſitzer ihre Schuldigkeit, ſo wurde die Herſtellung des Weges von Staatswegen an den Wenigſtfordernden verpachtet; dieſem aber die geforderte Summe, als Darlehen an die Hausbeſitzer, zu deren Liquidation in die Staatsrechnungen eingebucht, ſo daß aus dieſer juriſtiſchen Charakteriſirung die der ächten pecunia credita eigene Exekutionsſtrenge erwuchs, wie auch das mit eventueller missio in bona debitoris verbundene prätoriſche (ſicher auch privilegirte) Pfand vorzugsweiſe an dem Hauſe ſelbſt den redemptor operis gegen angebliche oder wirkliche Inſolvenz, gegen Latitation des Hausherrn ausreichend ſicherte; daß die Intervention des Staates den Charakter einer Verbürgung an ſich trug, läßt ſich wol nicht beweiſen und iſt auch aus inneren Gründen kaum denkbar; gewiß iſt, daß der Hausherr unmittelbar an den Pachter zu zahlen hatte.

1) Vgl. auch Siculus Flaccus de condicionibus agrorum, in Schr. der röm. Feldmeſſer I (1848) p. 146 lin. 2—14.

2) Daß dieß lediglich ſekundär, Mittel zum Zwecke, im Sinne der zwölf Tafeln ſei, fühlt richtig Bergk in d. Zeitſchr. f. G.-R.-W. XIV (1848) S. 139—44 bei Gelegenheit ſeiner trefflichen Textesreſtitution der angeführten Stelle des Feſtus.

Raum zum Wege abtreten. Dieß erſcheint zunächſt als publiziſtiſche Pflicht, in der Exekution aber (manu militari) jedenfalls als ächte Eigenthumsbeſchränkung, als der älteſte Fall von Expropriation. — Wegen der publiziſtiſchen Pflichten zu Anlage und Inſtandhaltung öffentlicher Waſſerleitungen vgl. insbeſondere Sex. Julii Frontini de aquaeductibus urbis Romae librum ed. Dederich (1841) art. 125: da die öffentlichen Waſſerleitungen von Staatswegen ausgebeſſert werden ſollen, ſo müſſen die nächſten Angränzer Erde, Steine, Sand, Holz und alles ſonſt nöthige Material, nach Schätzung durch einen vir bonus, hergeben und deſſen Durchzug durch ihre Grundſtücke geſtatten. Dieſe Schlußbeſtimmung kann auch in der Lehre vom ſ. g. Nothwege benutzt werden. Ebenfalls ein Beſchluß des römiſchen Senats, denſelben Gegenſtand betreffend, wird uns in Art. 127 ebendaſ. mitgetheilt. In unruhigen Zeiten, wo Niemand an die innern ſtädtiſchen Intereſſen dachte, waren auf und dicht an den Waſſerleitungen Monumente, Gebäude, Baumpflanzungen entſtanden, nach Privat-Willkühr und -Vortheil. Um nun die Leitungen wieder frei zu legen zu gemeinem Gebrauch und zu Reparaturen, ſoll dieß wieder entfernt und in alle Zukunft auf jeder von beiden Seiten der Leitung ein freier Raum von je 15 Fuß belaſſen werden, frei von Monumenten, Gebäuden, Bäumen. Dem Senatsbeſchluß fehlt nicht der Strafzuſatz; ja eine polizeiliche Spezialbehörde, die curatores aquarum, treten in die Stelle des judex privatus, extra ordinem prüfend und entſcheidend. Endlich die Sanktität der ſtädtiſchen Waſſerleitungen iſt Gegenſtand der lex Quinctia, ebendaſ. Art. 129.

Ein Senatsbeſchluß aus Kaiſer Claudius' Zeit, deſſen Wortlaut im Auszuge Paulus in l. 52 contrah e. 18, 1, vollſtändig aber die herkulaniſche Tafel, z. B. bei Bachofen ausgew. Lehren S. 187 ff., mittheilt, verbot, aus Gewinnſucht, zu Handelszwecken, Gebäude (Auslegung: falls ſie noch Käufer oder Miether finden, noch bewohnbar ſind) auf den Abbruch zu verkaufen, oder ſelbſt abzubrechen, darauf den Platz zu veräußern, um durch den Vertrieb des Materials, durch den Verkauf des Platzes, mehr als den frühern Werth zu gewinnen. Der Käufer zahlt den doppelten Kaufpreis dem Fiskus, einmal als Strafe, einmal ſtatt an d-

Verkäufer, dem er auf den Preis nicht einmal naturaliter obligirt iſt. Hatte alſo der Käufer das simplum bereits dem Verkäufer entrichtet, ſo klagt der Fiskus gegen jeden von Beiden auf das simplum. So ſcheint dann die Strafe Beider eine gleich hohe zu ſein. l. 48 d. inf. 39, 2. Aber ſie iſt es auch in der That, da die Waare dem Käufer offenbar verbleibt. Hierzu trat ein Edikt Veſpaſian's, ferner ein Senatsbeſchluß unter Hadrian: aedibus juncta legari non posse. Ulp. l. 41, 1 cf. §§. 2. 4. leg. I. Was vom legari, daſſelbe gilt vom detrahi (sc. marmora), vom subduci promercii causa. Subduci, sc columnas: l. 41, 9 leg. I, generaliſirt auf alle aedibus juncta, ja auf non juncta ornamenta aedium, wie z. B. freiſtehende Statuen. Vgl. Spartian. in vit. Hadr. cap. 18: Constituit, ut in nulla civitate domus aliquae, transferendae ad aliam urbem ullius materiae causa, dirruerentur. — Das Reſultat iſt, daß wohnliche Gebäude zu Handelszwecken weder eingeriſſen, noch ihrer Bekleidung und innern Ausſtattung beraubt werden dürfen: c. 2 aedif. priv. 8, 10. Hat Jemand aber zwei Häuſer, ſo darf er, ohne die Abſicht eines zu veräußern, Bekleidung u. ſ. w. von dem einen auf das andere übertragen: l. 41, 3 leg. I; doch iſt ſeit Conſtantin die Ausſchmückung der Landhäuſer auf Koſten der Städte verboten. Bachofen a. a. O., S. 213. — Eine Ausnahme erleiden alle dieſe Beſtimmungen bei detrahere ad opus reipublicae faciendum. §. 5 leg. cit.

Aber das öffentliche Recht der Römer ſcheint noch weiter gegangen zu ſein, als jene Senatsſchlüſſe reichen. Ganz allgemein äußert wenigſtens

Paul. l. 46 pr. d. inf. 39, 2: Ad curatoris reipublicae officium spectat, ut dirutae domus a dominis[1]) exstruantur. Cf. c.

1) Vgl. S. Aurel. Victor epit. Vesp. ed. Bipont. 1789: Romam deformem incendiis veteribus ac ruinis, permissa, si domini deessent, volentibus aedificandi copia, .. reparavit .. Per omnes terras, qua jus Romanum est, renovatae urbes cultu egregio; viae operibus maximis munitae sunt. — Die Sparſamkeit dieſes Kaiſers wird häufig als Geiz getadelt; ſie war, nach einem Nero, eine höchſt zeitgemäße Tugend. Vgl. id. de Caesaribus ibid.: Quae tot tantaque brevi confecta .. prudentiam magis quam avaritiam probavere. Und init.: exsanguem diu, fessumque terrarum orbem brevi refecit.

4 j. reip. 11, 29. — Auch Alexander's Reskript in c. 3 aed. priv. 8, 10 rechtfertigt wol den Schluß, daß, nach selbst zufälliger Vernichtung des Gebäudes, gegen die Umwandlung des Bauplatzes in einen Garten (oder dgl.) die Obrigkeit sowie die Nachbarn (deren Hausfundamente durch die Bäume Schaden leiden können u. s. w.; c 1 interdd. 8, 1) Einspruch zu erheben vermögen, deren mindestens stillschweigende Einwilligung also erfordert wird, falls nicht ächtes Lokalgewohnheitsrecht hiervon absieht. — Jedoch nach deutschem Rechte ist, abgesehen von partikularrechtlichen Beschränkungen in der Benutzung, je nachdem Grundstücke Feldrecht, Gartenrecht, Wiesenrecht, Waldrecht haben, die Regel die, daß man seine Grundstücke nach Belieben, also auch aus urbana in rustica, umwandeln könne. Vgl. Walter deutsch. Priv.-R. §. 130.[1])

Soweit wirkte im römischen Rechte der Grund „ne urbs ruinis deformetur", auf welchem auch die Lehre vom tignum junctum, soweit sie Gebäude anlangt, beruht. Aus diesem Grunde fließt noch, außer dem früher dargestellten Sonderrecht des ausbessernden Miteigenthümers:

1) das gesetzliche exigendi privilegium und Spezialpfandrecht wegen Gelddarlehen zu Ausbesserung von Häusern, gemäß einem Senatsbeschlusse unter Mark Aurel, l. 24, 1 rr. auct. jud. 42, 5. l. 25 r. c. 12, 1. l. 1 cess. bon. 42, 3. l. 1 in qq. cc. pign. 20, 2; —

2) die Gültigkeit der Schenkung unter Ehegatten, soweit das Geschenk zum Ausbau eines zerstörten Gebäudes des einen bestimmt und verwendet ist: Paul. l. 14 don. i. v. et u. 24, 1; —

3) nach deutschen Partikularrechten die Wiederaufbaupflicht eines vor Alter verfallenen Gebäudes in Städten, bei Verlust des

---

1) Bei de Lyncker (ed. 1710) resp. 107 hat eine Stadt einen öffentlichen Platz dem Commerzium zurückgegeben und zu Privateigenthum verkauft; der Käufer baut darauf, zum Schaden seiner Nachbarn. So soll die Zulässigkeit des Baues in bestimmter Weise der obrigkeitlichen (polizeilichen) Cognition unterliegen, welche außer der Billigkeit gegen die Nachbarn besonders auch das öffentliche Interesse (Ausschließung von Feuersgefahr, freie Passage u. dgl.) zu wahren hat. — Hier thun präzise Polizeigesetze Noth, damit nicht die Freiheit des Eigenthums magistratlicher Willkühr, und, in engen städtischen Verhältnissen, Clique-Einflüssen zum Opfer falle.

Eigenthums an den Fiskus. Vgl. Walter deutsch. Priv.-R. §. 130. In manchen Städten fällt sogar das Eigenthum über einen leeren städtischen Bauplatz an denjenigen, der darauf ein Gebäude aufführen will; doch gehört dieser Rechtssatz vielmehr in die Eigenthumserwerbsgründe. Schon nach römischem Recht zessirte, falls Jemand ohne eines Andern Widerspruch in publico gebaut hatte, jedes Rechtsmittel, durch welches er hätte gezwungen werden können, das Gebäude wegzunehmen. Denn auch das interdictum ne quid in loco publico fiat ist prohibitorisch, nicht restitutorisch, und sonst ward kein populares Rechtsmittel hierfür geschaffen, unter offenbarer Einwirkung der Tendenz „ne urbs ruinis deformetur." Nur wenn das Gebäude dem öffentlichen Gebrauche im Wege steht, so muß die Polizeibehörde dasselbe einreißen lassen; steht es nicht im Wege, Grundzins auferlegen. l. 2, 17 ne quid in l. publ. 43, 8. Hier möge schließlich noch eine interessante Entscheidung der Helmstädter Fakultät in Leyser's meditationes (ed. 1772) spec. 447 med. 8 Erwähnung finden. Es hatte ein Ritter auf seinem Grundstücke ein Haus erbaut, aber seine Gränzen zu weit erstreckt und das Werk über eine Stätte geführt, welche den Bauern als Viehtrifft gedient hatte. Die Bauern erheben das interdictum quod vi aut clam, besonders auch die mala fides dem Ritter vorwerfend, weil er über dem Bauen den Gränzstein entfernt hatte. Der Ritter kann den Thatbestand nicht abläugnen und erbietet sich zum Vergleiche. Aber die einmal gereizten und stets zähen Bauern fordern das Einreißen. Zu beachten ist, daß den Bauern immer noch hinreichender Raum für die Viehtrifft übrig blieb. Die Helmstädter Fakultät verbot das Einreißen und verurtheilte den Ritter zum Gelderſatze. Und allerdings kann bei Gränzstreitigkeiten, oder, wie hier, Ueberschreitungen, welche nicht schon opere infecto prohibirt wurden, der Richter trotz Gewißheit der alten Gränze eine neue statuiren. „Movit nos inprimis favor aedificiorium, quae sine gravi causa rescindi non oportet."

Alt im römischen Staate war ein Legalmaximum der Haushöhe. Suet. in vit. Aug. 89. Strabo, ed. Kramer vol. I (1844), lib. V cap. 3 §. 7 c. f. [1]) Doch scheinen die einschlägigen Gesetze, wie

1) Aurel. Victor epit. Traj. ed. Bipont. 1789: Eo tempore multo perniciosius, quam sub Nerva, Tiberis inundavit, magna clade

ſchon ihre periodiſche Wiederkehr beweist, nicht viel gefruchtet zu haben. Ja, Tacitus ſchreibt aus Nero's Zeit von Diſſentienten, welche die hohen Häuſer, wie der wirre Wiederaufbau der Stadt nach dem galliſchen Brande ſie mit ſich gebracht hatte, für geſunder hielten, wol weil ſie die Straßen beſſer gegen die Sonnenſtrahlen ſchützten. Zeno in c. 12, 4 aed. priv. 8, 10 verbietet Häuſer über hundert Fuß. Ueberſchreitung berechtigt jeden Dritten zum Einſpruch (operis novi nuneiatio, juris publici tuendi causa: Ulp. l. 1, 17 cf. §. 16 o. n. n. 39, 1). Dagegen beſtehende Servitutenrechte ſetzen folgende Stellen voraus: l. 11 pr. §. 1 s. p. u. 8, 2 (cf l. 25 d inf. 39, 2), c. 1 serv. 3, 34, c. 12, 1 aed. priv 8, 10; vgl. von Bülow II, 2 (1819) Abh. 33: daß, bei der Herſtellung eines durch Feuersbrunſt oder Einſturz zerſtörten Gebäudes, die frühern Verhältniſſe, wie ſie Vertrag oder Verjährung beſtimmt haben, zu beobachten ſeien. Bei Marcellus in l. 10 s. p. u. 8, 2 vermacht der Erblaſſer das eine von zwei ihm gehörigen Nachbarhäuſern; der Erbe baut das andre höher und ſchadet dadurch dem Lichte des erſteren. Das ſoll rechtsgültig ſein; nur nicht „penitus recludatur lumen, sed tantum relinquatur quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione.“ Hernach heißt es, wohnen könne man auch in aedibus obscuratis Es iſt demnach klar, daß Marcell, falls nicht grade Vermächtniß vorläge, ſelbſt das penitus recludi zugeben würde; daß ſeine Entſcheidung, ſo wie ſie iſt, aus dem vermuthlichen Willen des Erblaſſers ſich herleitet, alſo aus einer Art gewillkührten Servitutenrechts von freilich ſehr beſchränktem Inhalte. — In l. 24 ibid. von Paulus heißt es: „Cuius aedificium jure (sc. servitutis) superius est (d. h. deſſen Wand auf der Nachbarwand ruht), eius est (ſchon kraft des Eigenthums) in infinito supra suum aedificium imponere, dum inferiora aedi-

---

aedium proximarum; et terrae motus gravis per provincias multas, atroxque pestilentia, famesque, et incendia facta sunt. Quibus omnibus Trajanus per exquisita remedia plurimum opitulatus est; statuens, ne domorum altitudo LX superaret pedes, ob ruinas faciles, et sumptus, si quando talia contingerent extiosos.

ficia non graviore servitute oneret quam pati debent.“ Das gleich darauf folgende Fragment beweist dieſen Sinn. Die Schranke iſt hier nicht eine der Baufreiheit, ſondern eine des Servitutenrechts, ſei es im Servitutenvertrage abgemeſſene, ſei es durch die Tragfähigkeit der dienenden Mauer bedingte, letzterenfalls vorausgeſetzt, daß dieſe ſtets ordentlich reparirt ward; auch letzteres muß als ſtillſchweigendes Vertragsingrediens behandelt werden, liegt ſelbſt ſchon im Begriffe der Realſervitut: die Sache dient nie weiter als ſie kann. Der Herbeiziehung des „servitute civiliter utendum esse“, womit man in Unklarheit und daher Mannichfaltigkeit der angenommenen Bedeutung dieſes Satzes gar Manches von jeher beweiſen will, bedarf es hier nicht; ihn zieht herbei z. B. Geſterding Ausbeute III (1830) S. 463.

Was den Streit über die moderne Anwendbarkeit des zenoniſchen Geſetzes, der c. 12 aed. priv. 8, 10, anbetrifft, ſo iſt daſſelbe allerdings nicht gloſſirt, dagegen iſt c. 13 gloſſirt und erſtreckt den Inhalt der c. 12 von Byzanz auf alle Städte des römiſchen Reichs: von Bülow II, 2 (1819) Abh. 33. Der Anwendbarkeit des Geſetzes im Ganzen ſteht ſonach nichts im Wege. Nur müſſen wir feſthalten, daß das rein Baupolizeiliche juris publici iſt und darum, ſoweit es dem römiſchen Rechte entſtammt, die Vermuthung ſubſidiärer Geltung in deutſchen Städten nicht für ſich hat. Der zuletzt genannte Schriftſteller giebt ſich eine beſondere Mühe, die zenoniſche Beſtimmung, daß neue Gebäude von den bereits vorhandenen Nachbarhäuſern nur in einer Entfernung von zwölf Fuß errichtet werden ſollen, mit l. 13 fin. reg. 10, 1 in Einklang zu ſetzen, welche zwei Fuß genügen läßt: ſo zwar, daß l. 13 überall da noch gelten ſoll, wo der Nachbar noch kein Haus ſtehen hat. Dieß könnte das Billigkeitsgefühl nur dann befriedigen, wenn ſtatt der „zwei“ „ſechs“ Fuß angenommen wären. Aber dieſe Einſchränkung der l. 13 iſt zudem ganz willkührlich. Eine aufmerkſame Lektüre der ganzen c. 12 lehrt vielmehr, daß die γείτονες oder vicini daſelbſt Gegenüberwohnende ſind, die zwölf Fuß alſo das Minimum der Gaſſenbreite bedeuten.

Nach Zeno's oben angeführter Verordnung dürfen Erker, Balkone, überhaupt Vorſprünge gegenüberliegender Häuſer nicht bloß aus Holz beſtehen und müſſen zehn Fuß Diſtance halten (cf.

c. 11 ibid.), von der Erde fünfzehn; bei Zuwiderhandlung tritt Vernichtung ein neben Geldbußen und sonstigen polizeilichen Strafen: c. 12 cit. §. 5. — §. 6 handelt von den öffentlichen Säulengängen der Hauptstraßen; dazwischen liegende Buden müssen in gesetzlichen Zwischenräumen freien Durchgang durch die Säulenreihen lassen; es wird eine gesetzliche Breite und Höhe der Buden angegeben und deren Marmorvertäfelung angeordnet. In den übrigen Stadttheilen bleibt Alles dem Ermessen der Behörden überlassen, welchen lediglich gleichförmige Behandlung dieser Stadttheile unter einander zur Pflicht gemacht wird. § 7 beschleunigt die Prozesse über Einspruch gegen einen Neubau.

Schon nach Nero's Bauordnung (Tac. ann. 15, 43) wurden die Stadttheile abgemessen und demgemäß abgesteckt; war gesorgt für breite Straßen, begränzte Häuserhöhe, freie Plätze, Säulengänge; mußte zu bestimmtem Theile jedes Haus aus Stein bestehen, der dem Feuer übermächtig ist; sollten keine Wände mehrern Häusern gemeinsam, sondern der altherkömmliche „ambitus" gewahrt sein.

§. XV. Das sog.[1]) Nachbarrecht insbesondere.

§. 1. Durch den „ambitus" werden wir auf die Verbote geführt, Anlagen in zu großer Nähe des Nachbars zu errichten. Hierdurch treten wir zugleich in das Gebiet des eigentlichen Nachbarrechts ein.

Nach solonischem Gesetz durfte eine Hecke die Gränze nicht überschreiten, mußte eine Mauer einen, ein Haus zwei Fuß, ein Graben oder Grube so tief er war, ein Brunnen ein Klafter (d. i. der Raum zwischen den ausgestreckten Armen) von der Gränze

1) Gaupp in der Tübinger krit. Zeitschr. III (1827) S. 249 hat ganz Recht, daß die Nachbarschaft etwas rein Faktisches ist, und als solche dem Einen gar kein Recht gegen den Andern verleiht. Aber die „Rechtsverhältnisse, welche mit der Nachbarschaft zusammenhängen", haben durch diese gemeinsame faktische Unterlage eine innere juristische Verwandtschaft, welche folgerecht auch in den hieher gehörigen Rechtssingularitäten sich findet, und die systematische Zusammenstellung der letztern rechtfertigt.

entfernt ſein; mußte man Oel- und Feigenbäume in neun, gewöhnliche Bäume in fünf Fuß Diſtance halten. So ſehr dieſe ſoloniſchen Beſtimmungen Vorbild für die beßfallſigen Anordnungen der zwölf Tafeln (Gai. l. 13 fin. reg. 10, 1. Tab. VII. fragm. 2 bei Dirkſen S. 463—72.) geweſen ſein ſollen, ſo wenig identiſch iſt die entwickelte römiſche Rechtsauffaſſung mit ihnen. So ſagt Ulpian l. 24, 12 d. inf. 39, 2, Graben oder Grube dürften nicht ſo tief ſein, daß die Nachbarmauer ſich ſenken müſſe. Und Alfenus l. 17, 2 serv. vind. 8, 5 verbietet die Anlage eines Düngerloches oder Miſtplatzes neben der Nachbarwand, ſo daß letztere davon feucht werde (eventuell negatoria actio). Vgl. Seuffert Arch. VII. (1854) No. 281. Beides läßt ſich auf den Immiſſionsbegriff zurückführen. Es ſei uns vergönnt, hier auf parallele Vorſchrift des franzöſiſchen Civilgeſetzbuches einen Blick zu werfen:

Code Nap. II tit. 4 chap. 2 (Legalſervituten) sect. 2: de la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions: Art. 674:

Celui qui fait creuser un puits ou une fosse d'aisance près d'un mur mitoyen ou non, —

Celui qui veut y construire cheminée ou âtre, forge, four ou fourneau, —

Y adosser une étable, —

Ou établir contre ce mur un magasin de sel ou amas de matières corrosives, —

Est obligé de laisser la distance préscrite par les réglemens et usages particuliers sur ces objets, ou à faire les ouvrages préscrits par les mê-

Badiſches Landrecht:

Von der Entfernung und den Zwiſchenmauern bei gewiſſen Bauanlagen:

Wer einen Brunnen oder das Senkloch eines Abtritts neben einer gemeinſchaftlichen oder nicht gemeinſchaftlichen Mauer graben läßt; —

Wer daran Rauchfänge, Feuerheerde, Hammerwerke, Backöfen oder Oefen errichtet; —

Einen Viehſtall daran lehnt; —

Imgleichen wer einen Salzvorrath oder einen Haufen ätzender Waaren daran legen will; —

Der iſt verbunden, jene Zwiſchenräume zu laſſen, welche durch beſondere Verordnungen und Gebräuche feſtgeſtellt ſind, oder diejenigen Werke zu machen,

mes réglemens et usages, pour éviter de nuire au voisin.

welche gemäß eben ſolcher Verordnungen und Gebräuche oder nach Angabe der Kunſtverſtändigen nöthig ſind, um dem Nachbar nicht zu ſchaden.

Die geſperrt gedruckten Landrechtsworte enthalten eine zweckmäßige Ergänzung, wie andrerſeits der Code höchſt praktiſch darin iſt, die Diſtance nicht ſelbſt vorzuſchreiben, denn das bürgerliche Zuſammenwohnen, z. B. auf dem Lande und bei ſehr parzellirten Wohnungsgrundſtücken, regelmäßig mit Viehſtallung, Dunggruben u. dgl., erfordert darin Anderes als in Städten und bei größeren Grundſtücken. Das „ätzende" Material iſt gut herausgehoben, die Legaldiſtance mit der Immiſſion in eigenthümliche Verbindung geſetzt. Wol unrichtig iſt es, den Art. 1382, den Eingangsſatz zu der Deliktslehre im Allgemeinen, hierher zu ziehen: „Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer." Denn die Modifikation der Eingangsworte im bad. L.-R.: „Jede unrechte That eines Menſchen u. ſ. w." liegt unzweifelhaft ſchon im Sinne des code, da, qui suo jure utitur, nemini facit injuriam. Nun frägt es ſich aber gerade, ob im konkreten Falle Immiſſion in fremdes Eigenthum oder Verletzung einer geſetzlichen Eigenthumsbeſchränkung (cf. art. 544) vorliege.

Die römiſche Legaldiſtance zwiſchen zwei Häuſern hat mit dem Immiſſionsbegriff Nichts zu ſchaffen. Es wird dieſelbe, techniſch „ambitus" genannt,[1]) von den Auslegern der zwölf Tafeln (VII fragm. 1 bei Dirkſen S. 465—468; Varro l. l. 5, 22) gedeutet als „parietis circuitus" und, folgeweiſe nicht bloß im grammatiſchen Sinne, bei Varro zuſammengeſtellt mit iter, actus, via. Die juriſtiſche Bedeutung des ambitus iſt die, daß der Grundeigenthümer eine durch die zwölf Tafeln beſtimmte Entfernung des aufzurichtenden Gebäudes von der Nachbargränze einhalten muß. Pap. Just. l. 14 s. p. u. 8, 2. Daher ſind die Gebäude iſolirt („insulae"). Paul. Diac. v. insulae. Der ambitus beträgt je

1) Vgl. Haubold opusc. acad. vol. II (1829) p. 412 sqq.

zwei und einen halben, alſo zwiſchen zwei Häuſern im Ganzen fünf Fuß, auf allen Seiten des Hauſes. Paul. D. v. ambitus. Natürlich darf daſſelbe auch nicht oben über in den ambitus hinein ragen. Nur nach der öffentlichen Straße zu iſt offenbar kein ambitus nöthig, denn hier iſt das Haus ſchon ohnedieß „umwandelbar.“ Wohl nach einem rusticum praedium privatum zu, denn hier konnte jederzeit gebaut werden. Ob die Umwandelbarkeit ſelbſt der älteſte Zweck [1]) oder aber lediglich der Maaßſtab der Entfernung zur Erreichung des feuerpolizeilichen und anderer Zwecke (wie z. B. auch Vermeidung öfterer Konflikte unter Nachbarn) geweſen ſei, iſt für uns, für die Beides zuſammenwirkt, gleichgültig.

Ja auch zwiſchen ländlichen Grundſtücken findet ſich der ambitus, hier finis genannt (vgl. Rudorff gromat. Inſt., in den Schriften der röm. Feldmeſſer II [1852] S. 433—442), zum Eingehen auf das Grundſtück, zum Pflügen und zur Pflugwende, wie auch nach rein deutſchem Recht der Nachbar gegen das benachbarte Grundſtück häufig beim Pflügen das Tret- oder Anwende-Recht hat. Dieſer Streifen iſt für ſich unerſitzbar nach den zwölf Tafeln (Tab. VII fragm. 4. 5 bei Dirkſen S. 475—481), welche drei arbitri finium regundorum aufſtellen, deren Geſchäft es iſt, die verdunkelten Gränzen wieder aufzufinden. Cic. de legg. I, 21, 55. 56. Iſt dagegen das Grundſtück ſelbſt ſtreitig, ſo entſcheidet der ordentliche Richter. Theod. Arc. Hon. c. 5 Theod. cod. fin. reg. 2, 26. So iſt auch der Gränzſaum mit dem Grundſtück erſitzbar. Auch die bloße Gränzſtreitigkeit unterliegt natürlich der dreißigjährigen Klagenverjährung; c. 6 Just. cod. ibid. 3, 39. Iſt ein Grundſtück gekauft und ſind zu weite Gränzen in Beſitz gegeben und genommen, ſo wird das letztere Ganze ordentlicher Weiſe pro emptore erſeſſen. Paul. l. 2, 6 pro empt. 41, 4. Anders, wenn der Käufer nicht mitübergebene Theile vom Nachbargrundſtück beifügt; über letztere kann er erſt eine neue ordentliche Erſitzung beginnen. Jul. l. 7, 1 ibid. Dem ambitus bleibt

1) Vgl. Isidor. orig. XV cap. 16 §. 12 (corpus grammaticorum von Lindemann Bd. 3): „Ambitus .. ad circumeundi facultatem relictus et ab (!) ambulando dictus.“

dabei immer sein Recht; er ist ein veränderlicher nach den Besitzverhältnissen der einander angränzenden Grundstücke.

Trotz seiner Unersitzbarkeit ist der ambitus durch Servitut zu entkräften.

Nach und seit c. 9. (cf. c. 11) aedif. priv. 8, 10 von Arkadius, Honorius und Theodosius (c. 46 Theod. cod. op. publ. 15, 1) muß ein Privatgebäude fünfzehn Fuß von einem öffentlichen Gebäude abstehen, offenbar gegen Brandgefahr, welche hier durch die Unmittelbarkeit des öffentlichen Interesses gesteigert erscheint.

So sicher nun die zenonischen Bestimmungen in c. 12 aedif. priv. 8, 10 cf. nov. 63 als baupolizeiliche auf gemeine Anwendbarkeit keinen Anspruch machen können: so wenig scheint es gerechtfertigt, den so eben dargestellten „ambitus“ in dieselbe Klasse zu werfen. Vertrag der Gegenüberwohnenden kann nirgends die gesetzliche Straßenbreite verengen; dieß ist juris publici. Dagegen kann ich mich gültig mit meinem Nachbar einigen, daß ich dicht an der Gränze bauen, ja mein Haus auf die Mauer des seinigen stützen darf, wie die mannigfaltig in den Quellen vorfindlichen deßfallsigen Urbanalservituten beweisen; dieß ist juris privati. Bei dem Schwanken der Praxis ist denn auch die moderne Gültigkeit des „ambitus“ z. B. für den Bezirk des Oberappellationsgerichts zu Celle legalisirt, nur daß hier irrthümlich die zwei Fuß des solonischen Gesetzes als römische Rechtsbestimmung angenommen wurden. Vgl. auch Seuffert Arch. V (1852) Nr. 141.

Partikular- und Lokal-Rechte (a Pufendorf [ed. 1780] tom. I obs. 196) verwehren bisweilen dem Nachbarn, Fenster in der eigenen Wand anzulegen, welche unmittelbar an das Grundstück des Anderen, seinen Hof oder Garten stößt. Ueber das lübische Recht vgl. Gesterding Eigenthum S. 14, Anm. 4, aber auch desselben Ausbeute von Nachforschungen III (1830) S. 455, Anm. 3. Ueber das preußische Recht vergl. Bornemann System, 2. Aufl. (1838), 2. Bd. S. 242—250. Die Vergitterung solcher Fenster, wie sie hier und sonst sich vorgeschrieben findet, soll den Nachbar gegen Immissionsgefahr (Hinauswerfen, Hinausgießen) schützen. Das s. g. Hammerschlagsrecht, welches bei Gebäuden und Plankwerken an der Gränze die Nachbarn einander herkömmlich zu gewähren haben, enthält im Zweifel nur die Befug-

niß, soweit es die Lokalität gestattet, zum Zwecke der Anlage oder Reparatur des Gebäudes oder Plankwerks das benachbarte Grundstück zu betreten und die erforderlichen Bewegungen im Luftraum des Nachbars zu machen, z. B. durch Anlegen von Leitern (daher auch Leiterrecht genannt); giebt aber keineswegs auch das Recht, vom Nachbar zu verlangen, daß er für beständig offenen Raum lasse. Seuffert Arch. V (1852) Nr. 107. Wo nun also der „ambitus“ nicht rezipirt ist, da darf der Nachbar, welcher dicht auf der Gränze baute, seine Schlagläden keineswegs nach Außen hin öffnen; das wäre schon gemeinrechtlich Immission. Aus dem Allem wird aber auch zur Genüge erhellen, wie nützlich zur Vermeidung von Chikanen die Beibehaltung eines Legal-Ambitus ist. Wo er besteht, kann die Oeffnung der Schlagläden nach Außen hin, falls sie nur, geöffnet und außen an die Mauer angeschlossen, vollkommen innerhalb des diesseitigen Grundeigenthums und diesseits des ambitus sich befinden, keinem Anstand unterliegen, so wenig wie das Hindurchgehen des Eigenthümers durch den ambitus.

§. 2. Im Eigenthum liegt die natürliche, durch Servitut zu beschränkende Befugniß, jeden Dritten von Einwirkung jeder Art auf unser Grundstück auszuschließen: s. g. jus prohibendi. Daß demnach Niemand das Grundstück eines Anderen auch nur beschreiten dürfe, leuchtet ein: c. 11 serv. 3, 34. l. 16 s. p. r. 8, 3. Hindert er dadurch den Eigenthümer im eigenen freien Gebrauche, so klagt dieser injuriarum. l. 13, 7 inj. 47, 10. Ist kein Schaden zugefügt, so steht freilich hernach keinerlei Klage zu: l. 22, 3 quod vi aut clam 43, 24, aber das vorherige Prohibitionsrecht ist dadurch nicht beschränkt: l. 3, 1 a. r. d 41, 1, und die nachträgliche Competenz der Injurienklage immer noch vorhanden, denn diese, als reine Strafklage, erfordert keinen Vermögensschaden, wohl aber den animus injuriandi, und steht wegen jedes immittere (fester oder flüssiger Körper) in diesem animus zu, z. B. auch wenn der tiefer gelegene Nachbar Rauch erregt, bloß um den höher gelegenen einzuräuchern. Jav. l. 44 inj. 47, 10.

So ist es denn auch keine wahre gesetzliche Eigenthumsbeschränkung, daß der Nachbar auf seinem Grund und Boden nicht so handeln darf, daß die natürliche (z. B. auch durch Wind vermittelte) Tragweite seiner Handlung, das nachbarliche Eigen affi-

zirt; daß er z. B. nicht bei Ausübung eines Gewerbes Staub und Rauch, sowie fliegende Asche in jener Tragweite erregen, oder Steine klopfen darf, deren Splitter hinüberfliegen. Ulp. l. 8, 5 si serv. vind. 8, 5 cf. l. 27, 10 l. Aq. 9, 2. Vgl. von Hufnagel Mittheil. a. d. Praxis der württemb. Civ.-Gerichte. Neue Folge (1848) S. 164—176 Nr. 39 (Girtaner's Rechtsfälle Nr. 102 [85 der ersten Aufl.]). Aber die bei H. erzählten beiden Fälle lösen sich vielmehr aus der Natur des Theilungsvertrages, ja in dem ersten liegt Miteigenthum de jure annoch vor (Horizontaltheilung eines Hauses; aedificium cedit solo). Vgl. ferner Spangenberg im Arch. f. civ. Prax. IX (1826) Nr. 13, auch in Hagemann's prakt. Erörtr. VIII Abth. 2 (1829), fortgesetzt von Spangenberg, Nr. 8. Daß das eine Grundstück inferius, das durch den Rauch inficirte andre superius sei, ist eine Zufälligkeit des Quellenbeispiels: Seuffert Arch. III (1851) Nr. 7. Man denke Dampfschornsteine, zu Fabrikanlagen gehörig, aus denen der Ruß u. dgl. auf den Garten, auf den Bleichplatz des Nachbarn sich senkt. Vgl. Arch. f. Civ.- und Crim.-R. der preuß. Rheinprovv. XXIII (1836) Abth. 1 S. 58—60. Anders ist ebendaselbst S. 107—111 bei einer gewöhnlichen Schmiede entschieden; indessen sind die Entscheidungsgründe hier aus so Verschiedenartigem gemischt, daß ein klarer Rechtssatz über unsre Frage an und für sich kaum daraus erkennbar ist. Was insbesondere die ortsgebräuchliche Distance betrifft: so läßt sich daraus nicht schließen, daß keine Klage wegen solcher Immission zulässig sei, falls die Distance eingehalten war; sondern nur umgekehrt, daß schädliche Immission nicht nachgewiesen zu werden braucht, falls man wegen nicht eingehaltener Distance klagt. Die Entscheidung dieser Frage ist nach französischem Recht darum so schwierig, weil das Gesetzbuch kein Prinzip über Immission ausspricht, wohl aber einzelne Fälle heraushebt, woraus man auf Erlaubtsein sonstiger Immission zu schließen leicht versucht sein wird, falls man nicht festhält, daß der Immittirende auf und mit fremdem Eigen handelt, daß der gezogene Unterschied zwischen künstlicher Immission und natürlicher Nichtimmission aller innern Wahrheit ermangelt, und die raison écrite gegen sich hat.

Wie wir den Immiſſionsbegriff aufzufaſſen haben, ſo iſt dazu nicht einmal nöthig, daß Körperliches (wohin auch Gaſe zu zählen ſind) durch unſre Handlung auf des Nachbars Grundſtück oder auch nur in deſſen Luftraum komme; es genügt, daß unſre Handlung in ihrer natürlichen Tragweite zerſtörend auf des Nachbars Eigen wirke. In dieſem Sinne iſt hierher zu ziehen Ulpian's Ausſpruch in l. 24, 12 i. f. d. inf. 39, 2:

Si . . tam alte fodiam in meo, ut paries tuus stare non possit, . . stipulatio committetur. Vgl. Seuffert Arch. V (1852) Nr. 289. Das Gegentheil würde gewillführte Eigenthumsbeſchränkung auf der einen (darum: negatoria actio), Servitutenrecht auf der andern Seite (confessoria actio, nicht rei vindicatio) bedingen. — Dagegen lediglich wegen unangenehmer, ſelbſt ungeſunder[1]) Sinnesaffektionen durch das Nachbarsgewerbe ſteht keine negatoria actio zu; Abhülfe gehört in das Polizeirecht. Vgl. Ulp. l. 2, 29 ne quid in l. publ. fiat 43, 8: . . si odore solo locus pestilentiosus fiat, non esse ab re interdicto uti. Arg. l. 17, 2 quemadm. serv. am. 8, 6. Der Eigenthümer kann, von der Polizei abgeſehen, die abſcheulichſte Muſik machen, die ſchlechteſten Gerüche erregen, die ſchreiendſten und blendendſten Farben ſeinem Hauſe verleihen. Nur dürfen, was die Gerüche anbelangt, die Gaſe nicht dem Nachbareigen, dem Wachsthum der Pflanzen, der Geſundheit des Viehſtandes ſchaden.[2])

---

1) So weit dieß die Hausbewohner betrifft, denn deren Geſundheit iſt unſchätzbar, hat keinen vermögensrechtlichen Werth.

2) Es würde ſchwer ſein, gemeinrechtlich eine Entſchädigungspflicht mit gerichtlicher Klagbarkeit ausfindig zu machen für Fälle, in welchen gleichwohl ein bedeutender Vermögensverluſt erwachſen ſein kann. Man ſetze z. B., der neben meinem Hauſe liegende Bauplatz wird von der Gemeinde erworben, darauf ein mir Ausſicht und Licht raubendes Haus angelegt, und ſchließlich hierin täglich Schule gehalten. Aber freilich, wenn ich dieſes Haus fortan nur noch zum halben Miethzinſe vermiethen kann oder einen Käufer deſſelben nirgends mehr finde: ſo habe ich nur zufällige Vortheile, kein wohlerworbenes Recht eingebüßt. In andern Fällen wird die polizeiliche Ermächtigung zu gewerblichen Anlagen wohl thun, ſich an die Bedingung einer Entſchädigung für die angränzenden Hausbeſitzer zu knüpfen, z. B. bei Conzeſſionirung eines Bordells. Oder an die Bedingung der Stellung einer Caution zu Begründung eventuellen Klagrechts, z. B. bei Conzeſſio-

Im Eigenthum liegt aber umgekehrt die Befugniß, nicht übermäßigen Rauch, z. B. aus dem Heerde oder zum Düngen, überhaupt insofern die ordentliche Benutzung zum Wohnen beim Hause, zur Agrikultur beim Acker dieß und Andres erfordert, auszuüben; darauf giebt es keine confessoria, dagegen keine negatoria actio: Pomp. l. 8, 6 si serv. vind. 8, 5. Denn das ruht in der Bestimmung der Sache als ein Unerläßliches. Vgl. auch Paul. l. 19 pr. s. p. u. 8, 2:

Fistulam junctam parieti communi, quae aut ex castello aut ex coelo aquam capit, non jure haberi Proculus ait; sed non posse prohiberi vicinum quominus balneum habeat secundum parietem communem, quamvis humorem capiat paries, non magis quam si vel in triclinio suo vel in cubiculo aquam effunderet. Sed Neratius ait, si talis sit usus (ein so außergewöhnlich starker Gebrauch) tepidarii, ut **assiduum** humorem habeat, et id noceat vicino, posse prohiberi eum.

Ist also z. B. ein Backofen errichtet für das Hausbrodbedürfniß, so kann Nichts eingewendet werden; anders wenn zum Bäcker- u. s. w. Gewerbe. Ist jedoch ersterenfalls z. B. eine Platte auf dem Schornstein schwebend, und so die freie Ausströmung des Rauchs dergestalt gehemmt, daß derselbe sofort und in größerer Quantität auf des Nachbars Grundstück niederschlägt, so ist durch dies opus manu factum widerrechtliche Immission vorliegend und auf Wegnahme der Platte negatoria actio begründet. Vgl. Arch. für die preuß. Rheinprovv. XXI (1834) 2. Abth. B. Fall 2 und 3. S. 8—15.

Eine Anwendung des ewig wahren Satzes „non facit injuriam qui se tueri voluit, quum alias non posset“ ist es, daß der Grundeigenthümer sein Eigenthum gegen das Eindringen wilden Wassers schützen kann, trotz der dem Nachbarn schädlichen Wirkung. l. 2,

---

nirung einer feuergefährlichen Fabrik; wenn deren Anlage mit ringsum freier Umgebung nicht thunlich ist, was unter allen Umständen das Beste sein würde. — Auch für den Juristen des gemeinen Rechts, wegen der interessanten praktischen Fälle, sehr lesenswerth ist Sirey recueil général t. XXVII, 1. partie, p. 433—438 (1827).

9 aq. pluv. arc. 39, 3. Hinſichtlich der Flußbettveränderungen gehört hierher ein Reſkript Gordian's vom Jahre 239 in c. 1 alluvion. 7, 41:

Quamvis fluminis naturalem cursum opere manu facto alio non liceat avertere, tamen ripam suam adversus rapidi (Anſchwellen durch Regengüſſe, Schneeſchmelzen, Erdſtöße; von Dritten verſuchte Flußbettänderungen durch Erd-Erhöhungen oder Vertiefungen) amnis impetum munire (alſo rechtzeitig vorher, zu Selbſtvertheidigung) prohibitum non est. Et quum fluvius, priore alveo derelicto, alium sibi facit, ager quem circumivit (durch jene Schutzmaßregeln) prioris domini manet. Quodsi paulatim ita auferat, ut alteri parti applicet, id alluvionis jure ei quaeritur cuius fundus crescit.[1])

Vgl. dazu die Beſtimmungen des preußiſchen Landrechts I, 9:

§. 240. Wenn das dem Ausreißen des Stromes ausgeſetzte Ufer nicht anders als durch ſolche Anlagen, welche zugleich das Anſpülen (an fremde Grundſtücke) befördern, hinlänglich befeſtigt werden kann, ſo iſt der Uferbeſitzer auch zu dieſen berechtigt. (Sein Vortheil, der Nachtheil der Anderen iſt dann kein geſuchter, nur zufällige Folge.)

§. 241. Es dürfen aber dergleichen Anlagen in öffentlichen Flüſſen, bei entſtehendem Widerſpruche, nicht anders als unter der ausdrücklichen Genehmigung des Staates, nach vorhergegangener Unterſuchung ihrer Nothwendigkeit, veranſtaltet werden.

Hält ſich aber das Waſſer in ſeinen natürlichen Gränzen, ſo darf man nicht das eigene Ufer dergeſtalt befeſtigen, daß die übrigen Anwohner dadurch leichter überſchwemmt, der Waſſerlauf dadurch verändert, reißender u. ſ. w. werden kann. Vgl. tit. ne quid in flum. publ. 43, 13. Nie zu eigenem Vortheil; dagegen, inſoweit man nur eigenen Schaden abwenden will, beruht die

---

1) Mit dem römiſchen Rechte ſtimmt alſo auch überein das preußiſche L.-R. I, 9 §. 229: Wohl iſt (der Beſitzer des gegenüberliegenden Ufers) berechtigt, an ſeinem Ufer ſolche Veranſtaltungen zu treffen, wodurch die fernere Verbreitung des gegenüberliegenden (auf Koſten des eigenen Ufers) verhindert wird.

Ausgleichung beider Rechtsprinzipien auf richterlicher Vermittlung. Denn auch der gemeine Nutzen kommt in Betracht; solche Dämme u. dgl. sind und bleiben für alle Zeiten wichtig. Es lassen sich, für die Privatinteressen, nur die beiden Sätze aufstellen:

1) Das Selbstschutzrecht gegen außerordentliche Wassersgewalt. —

2) Im Uebrigen keine Immission, es sei denn die Uferveränderung im gemeinen Agrikulturinteresse. In diesem Ausnahmsfalle vermittelt der Richter, sei es durch Auflage einer Geldabfindung, sei es durch Verpflichtung des Ansuchenden, auch anderswo, an den jetzt gefährdeten Uferstrecken, Dämme zu errichten.

Wir dürfen den Satz des Code (art. 645) als einen auch gemeinrechtlichen vindiziren:

S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété; et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés.

Solche Veränderungen des Laufes von Gewässern, die einen höhern Acker durchschneidend oder daselbst entspringend auf einen tiefern abzufließen oder nicht abzufließen pflegten, welche rein durch das Umpflügen und mit Nutzen für die Ackerbebauung hervorgebracht werden, begründen keine Klage — Ulp. l. 7, 7 quod vi aut clam 43, 24 —, so wenig wie dagegen Verbietungsrecht zusteht. Vgl. Gesterding Nachforsch. Th. V (1833) Abh. 1 über die actio aquae pluv. arc. Die Veränderung muß geschehen sein frumenti quaerendi (l. 1, 3 aq. arc. 39, 3 cf. §§. 4. 5. ibid.), fructuum recipiendorum, percipiendorum causa (§. 7 ibid.); agri colendi, dagegen nicht bloß agri causa; der Acker muß seine Natur im Ganzen, und den natürlichen Wasserlauf insbesondere tragen; sein Herr darf ihn nicht zum Nachtheil der Nachbarn trocken legen wollen, etwa um darauf gesunder zu wohnen; er muß sich vielmehr durch die größere Fettigkeit des Landes als entschädigt erachten (§. 23 und Paul. l. 2 pr. ibid.), was ein kaum juristischer Trost ist, da auch für die Fruchtbarkeit das Land zu feucht sein kann. Also z. B. Ableitung des Wassers, um den Acker in ein urbanum praedium umwandeln zu können, bedarf

eines Servitutenvertrags. Ebenso Tropfenfall vom eignen Dache auf das Nachbargrundstück, denn dieß ist Immission, insofern erst durch das Menschenwerk das Wasser diese Richtung bekommt, ohne dasselbe auf das eigne Grundstück abfließen müßte. Der Code, diesen Grundsatz anerkennend (Art. 681), gestattet gleichwohl Abfluß auf die öffentliche Straße. — Nach gemeinem Recht muß es mit der durch den Boden sickernden und so auf des Nachbars Grundstück gelangenden, insbesondere auch der unreinen Feuchtigkeit sich ebenso verhalten, falls Menschenwerk zu Grunde liegt und der Nachbar beschädigt ist; indessen wird hier, zumal in Dörfern (für Mistgruben u. dgl., die etwa das Brunnenwasser des Nachbarn infiziren), die Gegenseitigkeit und Nothwendigkeit ein den Richter zwingendes Nachbarrecht hervorrufen, wodurch die causa perpetua von Dorfwohnungsgrundstücken sich eigenthümlich bestimmt. Legt doch sogar der regelmäßig so absolute Code hier in Art. 674 die Distance-Entscheidung in das örtliche Herkommen. Ein gesundes Präjudiz über solche Streitigkeiten bietet das Archiv f. d. preuß. Rheinprovv. XXI (1834) 2. Abth. B S. 4—8. Auf S. 3 ebend. dagegen ist irrthümlich „immissio" auf künstliche Vorrichtung beschränkt; irrthümlich durch den Gegensatz (?) „wenn der Wind den Rauch auf des Nachbars Gebäude treibt"; falsch, insofern dieser Gegensatz auf Stellen des römischen Rechts sich gründen soll.

Auffallend erscheint es auf den ersten Blick, daß man, bei der Handlung selbst auf eigenem Boden bleibend, das Wasser [1]) da-

1) Nicht geht dieß auf öffentliche und Gemeindeflüsse, weil hier die „Wassermasse" als Ganzes in diesem Bett fremdes Eigenthum ist. Hommel rhapsod. obs. 231 (ed. III. 1769). Unter dieselbe Categorie haben wir aus dem römischen Staate die bei Anlagen von Colonieen zu Gränzen und Leitungskanälen für Fluß- und Regen-Wasser bestimmten und gezogenen Wassergräben zu zählen. Da sie auf öffentlichem Boden, nicht assignirt, publica auctoritate angelegt, unter dem Schutze einer besonderen Behörde oder des Lokalmagistrats überhaupt standen, so mußte der Bauer sie, wie die Landlimites (Rudorff gromat. Just. in Schr. d. röm. Feldm. II [1852] S. 463), respektiren und durfte insbesondere auch nicht unter dem Vorwande der Agrikultur das Wasser zurückhalten, mußte überdieß die Gräben, wie die Landpassagen, im Stande und rein erhalten. Vgl. Rudorff über die lex Mamilia de colonis, in Zeitschr. f. G.-R.-W. IX (1838) Nr. 12.

ſelbſt zurückhalten (Ulp. l. 1, 11 aq. arc. 39, 3), faſſen (z. B. durch Graben eines Brunnens, alſo opere facto: id. l. 24, 12 d. inf. 39, 2), das vom Nachbargrundſtück überfließende auf das eigne ableiten darf. Dagegen giebt es eine Servitutenerſitzung nur ſeit Prohibition ſolchen Retinirens. Denn dieſe Servitut beſteht in prohibendo. Vgl. auch Seuffert Arch. I (1847) Nr. 5. — Jeder, ſagt der römiſche Juriſt, darf ſich ſelbſt (ſeinem Acker) nützen, vorausgeſetzt, daß er nicht dem Nächſten (durch Unrechtthun) ſchade. Und c. 10 serv. 3, 34 läßt ſich in der gleichen Entſcheidung dadurch nicht ſtören, daß die Bewäſſerbarkeit des anderen Grundſtücks jetzt vielleicht ganz aufhört.[1]) Bei animus vicino nocendi erwächst lediglich eine de dolo, nicht eine negatoria actio: l. 1, 12 aq. arc. 39, 3.[2]) Stets auch zeſſirt die aquae pluviae arcendae actio; ſie ſteht, neben der negatoriſchen Klage für urbana praedia (§§. 17. 19 ibid.),[3]) für rustica zu, falls ein Waſſerwerk den Nachbar ſchädigt durch Waſſer. D. h. ſchädigen kann, nach Auslegung ſchon der alten römiſchen Juriſten,[4]) Pomp. l. 21 pr. statulib. 40, 7; durch Zuſammenleiten, Ableiten nach anderer Richtung, ja durch bloße Beſchleunigung des Waſſerlaufs, denn nun durch- und unterwühlt das Waſſer das Nachbargrundſtück ſtärker. Ulp. l. 3, 2 aq. arc. 39, 3; auch ſeitens des niedern Eigenthümers,

---

1) In waſſerarmen Provinzen gab daher die Entziehung des Regenwaſſers Anlaß zu Beſchwerden. Vgl. Rudorff gromat. Inſt. in Schr. d. röm. Feldm. II (1852) S. 462. Wo aber die lex (coloniae), die vetustas oder ein Servitutenvertrag de aqua ducenda, die Sache nicht entſchied: da konnte auf privatrechtlichem Wege dem Eigenthümer des tiefer liegenden Grundſtücks nicht geholfen werden.

2) Dieſe Stelle ſcheint überſehen von von der Pfordten in Richter' und Schneider's krit. Jahrbb. XIII (1843) S. 590.

3) Proc. l. 13 si serv. vind. 8, 5: Jemand führt Waſſerleitungsröhren zu ſeinem Grundſtücke über einen öffentlichen Weg; dieſe brechen und das Waſſer überſchwemmt das Haus eines Andern. Negatoria actio, jus mihi non esse, flumina ex meo in tuum parietem fluere. Der Schaden beruht auf vitium operis, alſo auf widerrechtlicher aquae immissio durch Handlung des Andern.

4) Interpreten der zwölf Tafeln. Die Tab. VII fragm. 8 bei Dirkſen S. 486—90 iſt die Quelle der aquae pluv. arc. a. Liegt der Schaden noch als drohender in der Zukunft, ſo geht die Klage inſoweit auf (Real-) Caution (noxae nomine, d. i. damni infecti).

durch Zurückſtauen: l. 1, 13 ibid. Hertius resp. II decis. 1029. So behandelt Paul. l. 2, 1 ibid. folgenden Fall: Es beſteht ein alter Graben unvordenklicher Errichtung zur Trockenlegung. Dieſen reinigt der Nachbar nicht; das Waſſer ſtaut ſich zurück u. ſ. w.: ſo iſt die Klage begründet, daß der Beklagte entweder ſelbſt reinige oder dulde, daß Kläger den Graben in den frühern Stand zurückführe; cf. §. 6 ibid. Wir finden hier alſo Immemorialverjährung im römiſchen Recht. Das Menſchenwerk unvordenklicher Errichtung iſt eben darum eine andere natura loci geworden; ähnlich wie der thesaurus inventus praktiſch res nullius war; daher die Klage nur auf patientiam praestare. Daß die „vetustas“ nicht einen beſtimmten Zeitraum erfordert (Seuffert Arch. I [1847] No. 68), liegt in ihrem Weſen; aber das dafür eintretende Ermeſſen des Richters darf kein willkührliches ſein, ſondern hat ſich h. z. T. an die Bedingungen der Immemorialverjährung überhaupt zu binden. — An ſich klar iſt es, daß auch eine ordentliche Servitutenerſitzung zum gleichen Reſultat führen wird.[1]) Die servitus wäre dann continua, durch das ſtete Vorhandenſein und durch das beſtändige Selbſtfließen des Waſſers; vgl. Seuffert Arch. I (1847) No. 178.

Daneben beruht die Reinigungspflicht des Grabens, aus welchem Waſſer zum niedern Grundſtück hinabfließt, aber auch auf klagweiſem Zwang gegen den höhern Eigenthümer, ohne daß dieſem bewieſen zu werden braucht, daß er oder ſeine Vorgänger den Graben angelegt: §. 4 ibid.; inſofern ſcheint hier alſo eine obligationsmäßige Pflicht des Eigenthümers (ad faciendum) vorzuliegen. Offenbar weil er nicht immittiren darf, auch keine Unreinigkeiten in das zum fremden Grundſtück fließende Waſſer. Der Reinigungszwang entſpricht dann z. Th. der gewöhnlichen cautio de non amplius turbando. Dagegen bei dem Zurückſtauen durch unterlaſſene Reinigung wird Nichts immittirt, ſondern nur die Exmiſſion vereitelt, und zwar Letzteres ohne opus manu factum, ſo daß die actio aquae pluviae arcendae nicht unmittelbar und

1) Der unvordenkliche Beſitzſtand, die vetustas, ſteht der wirklichen Verleihung gleich. Vgl. Rudorff gromat. Inſt. in Schr. d. röm. Feldm. II (1852) S. 393 cf. S. 314.

voll anwendbar war. Die oberſtrichterliche Entſcheidung in Seuffert Arch. I (1847) Nr. 167 unterſcheidet dagegen ſo: in §. 4 cit. (Klage auf Reinigung) ſei von künſtlich angelegten Gräben und Kanälen die Rede, in §. 6 von natürlichen Flüſſen. Aber überſehen ſcheint dabei l. 2, §. 1 cit. Als inneren Grund führt jenes Präjudiz an: es müſſe als Regel vorausgeſetzt werden, daß der betreffende Grundeigenthümer ſelbſt in ſeinem Intereſſe den Graben gezogen. In der Regel wird der Graben gemeinſames Werk aller Nachbarn ſein; von dieſem Standpunkt aus iſt dann eine ungleiche Behandlung von Fluß und Graben ſchwer zu begreifen. Das preuß. L.-R. I, 8 §. 99 [1]) ſagt:

Auch in den Privatflüſſen darf, zum Nachtheile der Nachbarn und Uferbewohner, durch Hemmung des Ablaufs derſelben Nichts unternommen oder verändert werden (denn ſonſt würden ſie anſchwellen).

---

1) Nicht die Grundſätze des römiſchen Rechts, wie fälſchlich Behmer jus controv. tom. I (ed. 1771) obs. 24 wähnt, ſind in dem preußiſchen Edikt vom 7. Okt. 1726 wegen Räumung der Gräben und Bäche vertreten in den Worten: „daß alle unterhalb Liegenden gehalten ſein ſollen, den oberwärts Wohnenden, wenn das Waſſer von ihren Grundſtücken keinen Abzug hat, nicht nur die alten Gräben aufzuräumen (römiſches Recht: eventuell dieß den oberhalb liegenden zu verſtatten), ſondern auch erfordernden Falls zu dem Ende neue Gräben zu ziehen, wenn ſchon ſelbige ihnen ſelbſt keinen ſonderlichen Nutzen bringen ſollten.“ Richtig ſupplirt Behmer: „wenn ſie ihnen nur nicht ſchaden“, und findet im Ganzen eine Beſtätigung der famoſen Billigkeitsregel, die aber nie römiſcher Rechtsſatz war, noch Rechtsſatz werden kann: „Quod mihi potest et tibi non nocet, ad id potes compelli.“ — Klarer Weiſe liegt dem Edikt neben dem guten Zweck der Beförderung der Landeskultur ein theoretiſches Mißverſtändniß des römiſchen Rechts unter, nämlich des Umfangs des römiſchen Satzes: „semper inferiorem agrum superiori servire.“ Schon Behmer fühlte, daß obige Billigkeitsregel zu Unklarheiten führt, und ſo das daraus entſprungene Edikt in praxi nicht genug reſtringirt werde. Die Reſtriktion fand ſich in der Praxis des geheimen Obertribunals, dahin, daß das Edikt nur von alle dem, was agri colendi causa geſchehe, zu verſtehen ſei, alſo z. B. in dem bei Behmer verhandelten Rechtsfalle nicht der unterhalb Liegende das vom oberhalb Liegenden zu Karpfententeichen geſammelte (geſtaute) Waſſer zu übernehmen und im Graben weiter zu führen ſowie abzuleiten ſchuldig ſei. Man ſtellte den römiſchen Satz wieder her: Prodesse sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur.

§. 100. Vielmehr ist der Regel nach ein Jeder die über sein Eigenthum gehenden Gräben und Kanäle, wodurch das Wasser seinen ordentlichen und gewöhnlichen Ablauf hat, zu unterhalten verbunden.

Nach römischem Recht geht noch in anderen Fällen die aquae pluviae arcendae actio nur auf patientiam praestare. So gegen den besitzenden Nichtthäter: Ulp. l. 6, 7 aq. pluv. arc. 39, 3. Auch dann kann lediglich auf patientiam praestare tollendi, resp. restituendi geklagt werden, wenn nicht Menschenhand, sondern Naturgewalt die Veränderung hervorrief: Paul. l. 11, 6 ibid., und dem Nachbarn die Wiederherstellung des alten Zustandes nicht schadet: id. l. 2, 5 ibid.; wogegen Wasserschaden vitio loci gar keine Klage begründet: id. l. 14, 1 ibid. Der Unterschied der Fälle der Selbstrestitutionspflicht und der bloßen patientia praestanda liegt in den Kosten, sowie darin, daß der belangte Nichtthäter in solutione die Abtretung des Grundstücks hat, da er nicht persönlich haftet: id. l. 7, 1 ibid. Publicâ auctoritate factâ fallen nicht unter die Klage; id. l. 2, 3 ibid. [1]) — Nach Ulp. l. 3 pr. ibid. darf man die aqua pluvia u. s. w. zu persönlichem Gewerbe gebrauchen, wenn man den Wasserlauf nicht verändert und das Wasser nicht verunreinigt. Nach Paul. l. 2, 9 ibid. darf Jeder einen Gießbach verhindern, sein Grundstück zu betreten, abgesehen von nocendi animus.

---

1) Es ist wohl die richtigere Meinung, daß auch die negatoria actio in diesem Falle zessirte. Die ganze Ausnahme beruht auf staatsrechtlichen Grundsätzen, und ist darum unpraktisch. Vgl. Seuffert Arch. III (1851) Nr. 8. Wo sie rezipirt ist, da wird Entschädigungspflicht seitens des durch das opus publicum Bevortheilten an den Beschädigten angenommen, was der Billigkeit entspricht und den Expropriationsgrundsätzen konform ist, so wenig man sich hierfür auf das römische Recht berufen könnte. Vgl. Hagemann praktische Erörtrr. Bd. VII (1824) Nr. 88. Lediglich jenes Billigkeitsgefühl, nicht eine rechtliche Nothwendigkeit, liegt der bei Tacitus annal. I cap. 75 berichteten Handlungsweise Tiber's zu Grunde, die sich demnach in ebensoviele Gnadenakte auflöst: Pius Aurelius senator, questus „mole publicae viae ductuque aquarum labefactas aedes suas", auxilium patrum invocabat. Resistentibus aerarii praetoribus, subvenit Caesar pretiumque aedium Aurelio tribuit, erogandae per honesta pecuniae cupiens: quam virtutem diu retinuit, cum ceteras exueret.

Kehren wir nach dieſer ſummariſchen Darſtellung der Zuſtändigkeit der aquae pluviae arcendae actio wieder zurück zu der Frage über die Befugniß des Grundherrn, dem Nachbar das Waſſer vorzuenthalten: ſo beweist auch der Wortlaut der prätoriſchen Klage, daß zu deren Zuſtändigkeit das opus ſo gemacht ſein müſſe, daß es durch Regenwaſſer dem Nachbar ſchade, nicht ihm lediglich den Nutzen ſolchen Waſſers entziehe. Vgl. Ulp. l. 26 d inf. 39, 2: „Non debet videri damnum is facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur"; nachher iſt von damnum und von lucrum facere gleichmäßig die Rede, wie auch wir von Gewinnſt- und Verluſt-Realiſationen reden. Damnum facere heißt hier alſo: „Schaden leiden." Vgl. Geſterding Eigenthum S. 15. 16. Not. 7. — Der Grund der Nichtzuſtändigkeit der aquae pluv. arc. actio bei bloßer Entziehung des Waſſernutzens kann nicht darin gefunden werden, daß keine Immiſſion hier vorliegt; wir ſahen ja oben, daß auch die auf das Nachbareigen zerſtörend wirkende Handlung unter den Immiſſionsbegriff fällt; ſondern nur darin, daß auf die aqua profluens Niemand ein ausſchließendes Recht hat, daß alſo jener Nutzen nicht auf ächtem Privatrecht ruht, da Waſſer ein naturali jure omnium commune iſt, da ferner das Gewäſſer zum Privateigenthum Desjenigen gehört, deſſen Gebiet es durchſchneidet und dieſer daher durch Zurückhalten zu eignem Nutzen lediglich einen völlig erlaubten Gebrauch von ſeinem Rechte macht. Demungeachtet, wenn wir die römiſche Auffaſſung ſo richtig verſtanden haben, kann ſie uns durchaus nicht befriedigen. Es ſcheint uns darin die natürliche Kontinuität des Gewäſſers vergeſſen. Kann wohl von Privateigenthum gewöhnlichen Sinnes über eine Sache die Rede ſein, welche der oberhalb anſäſſige Grundherr jederzeit uns mit Recht zu entziehen vermag? ein Schickſal, welches auch Jenen treffen kann, der ſelbſt erſt zum Nachtheil der tiefer Liegenden das Waſſer faßte und zurückhielt. Nur, wo die Quelle aus dem Boden ſpringt, hat der Herr dieſes Bodens ein unentziehbares Privateigenthum über das Gewäſſer, außer es ſei denn, daß ein höher Liegender ihm auch die Quelle abzugraben vermöchte.

Unter dieſen Umſtänden kann es uns nur freuen, daß das deutſche Recht und die gemeine Praxis unbeirrt ſtets den Geſichts-

punkt festhielt, daß jedes fließende Gewässer, auch das nicht öffentliche, als ein, durch Grundeigenthumsgränzen für die Benutzung nicht reell getheiltes natürliches Ganze anzusehen sei, woran jedem Angränzer nur ein in der Art beschränktes Nutzungsrecht zusteht, daß das Nutzungsrecht der übrigen Angränzer nicht aufgehoben wird. Vgl. Seuffert Arch. V (1852) No. 140: Hier war ein Konflikt zwischen einem Müller und einem höher gelegenen Wiesenbesitzer ausgebrochen, weil letzterer alles Wasser auf seine Wiesen zu deren Bewässerung abgeleitet hatte. Es wird entschieden: Besteht keine eigene (partikularrechtliche) Wasserordnung, so haben sie sich in das Wasser zu theilen; etwa, in Ermangelung gütlicher Einigung, durch Festsetzung bestimmter Tage, an welchen gewässert oder nicht gewässert werden darf, unter obrigkeitlicher Vermittelung. — Ein absolutes Wässerungsverbietungsrecht ertheilt auch nicht das preuß. L. R. II, 15 §. 246:

Einer schon vorhandenen Mühle darf ein Nachbar, durch dessen Grundstücke das zu ihrem Betriebe nöthige Wasser fließt, dasselbe nicht entziehen (wohl also das dazu nicht nöthige).

Mit Unrecht wird hier Bezug genommen auf L. R. I, 22 §. 3:

Auch solche Einschränkungen muß jeder Grundbesitzer sich gefallen lassen, ohne welche ein anderes Grundstück ganz oder zum Theil völlig unbrauchbar sein würde.

Hierdurch ist z. B. auch der Nothweg legalisirt. Dagegen Mühle ist Gewerbe, nicht Interesse des Grundstücks. Auch praktisch ist die gehörige Unterscheidung wichtig, da §. 4 für Fälle der letzteren Art von Vergütung redet.

Von besonderem Einflusse auf die gemeinrechtliche Praxis war auch die kursächsische Mühlenordnung von 1653. Vgl. Estor bürg. Rechtsgelehrsamkeit, Hauptstück 60 §. 2386: „Die Rechte der Mühlen erstrecken sich auf den Wasserlauf, daß solcher weder gehemmt, verschlimmert noch entzogen werde. Derowegen darf das Wasser zur Wässerung der Wiesen oder zum Bleichen nicht abgetheilt werden, wenn solches bei den Mühlen nöthig ist; daher darf auch ein Müller des Nachbars Mühle über und unter ihm besichtigen, auch das Wasser holen, die befundenen Mängel gehörigen Ortes anzeigen." Das Oberappellationsgericht zu Dresden (Seuffert Arch. II [1849] Nr. 9) stellt als leitenden Grund-

ſatz auf, daß der Obermüller, wenn er etwas zu mahlen vorräthig hat (hierdurch iſt der nocendi animus ausgeſchloſſen), aber wegen des durch Trockenheit verurſachten Mangels an Waſſer ohne Anſpannung des letzteren durch Zuſetzung ſeines Gerinnes zu mahlen außer Stande iſt, jedenfalls zu einer ſolchen Anſpannung für befugt zu halten ſei, wie ſie nach dem Ermeſſen von Sachverſtändigen für erforderlich befunden wird, um das Mahlen auf einem Gange möglich zu machen; um einer ſtärkeren Anſpannung in den Weg zu treten, brauchten die Untermüller ein beſonderes Verbietungsrecht nicht anzuführen. Vgl. auch Hering de molendinis (ed. 1663) qu. 19, 12: „Sic anne aqua, ab unius quae molendino exit, possit capi ab alio, ita ut ex flumine publico ducam rivum, quo aquae pars ad meam prius fluat molam, .. quam ad alterius perveniat, qui infra me aliam habet? .. Bartolus .. respondet, quod si aqua ducitur ad usum, quae auffiçit superiori et inferiori molendino, tunc uterque potest ducere aquam (folgen eine Reihe anderer Gewährsmänner)." Nach der Anſicht des Oberappellationsgerichts zu Jena (Seuffert a. a. O. Nr. 144) ſoll darauf Nichts ankommen, ob das Gewäſſer ein öffentlicher Fluß ſei; ſoll es ferner unbillig ſein, allezeit nur danach zu urtheilen, ob der Obermüller für einen Gang Waſſer hat, für Fälle, in welchen etwa der Obermüller viele, der Untermüller weniger Gänge hat. Ebendaſelbſt wird eingeſtanden, daß kein feſter Rechtsſatz, ſondern nur Rückſichten der Billigkeit und des öffentlichen Wohls Entſcheidungsnorm für den Richter in ſolchen Streitigkeiten ſeien. Das öffentliche Wohl bewirkt bei Intereſſenkolliſion insbeſondere, daß die Mühlen andern Grundſtücken hinſichtlich der Waſſernutzung vorgehen. Vgl. Seuffert a. a. O. Nr. 143.[1]) Für die Verhältniſſe der Mühlen zu einander theilen wir vollkommen die Anſicht des Oberappellations-

1) Jedenfalls muß das Waſſer aus einem öffentlichen Fluſſe, nach Verhältniß der Beſitzungen, zur Bewäſſerung der Grundſtücke getheilt werden, und darf nur dann abgeleitet werden, wenn dieß ohne den Nachtheil der anderen geſchehen kann. Eine Reihe von Schriftſtellern und Landesordnungen erklären deßhalb alle Mühlenwaſſer für öffentliche Flüſſe, um zu verhüten, daß der Mühle das Waſſer entzogen werde. Vgl. von Bülow und Hagemann prakt. Erörtrr. 2. Aufl. Bd. 1 (1806) Nr. 4.

gerichts zu Jena, daß der Untermüller einen Widerſpruch gegen das Waſſeranſammeln des Obermüllers nur darauf gründen könne, daß dieſer es zur Ungebühr, ohne dringendes Bedürfniß, vorgenommen habe; dem Obermüller müſſe nachgelaſſen bleiben, excipiendo die eingetretene Nothwendigkeit des periodiſchen Anſammelns geltend zu machen. — Den Römern freilich waren dieſe Waſſermühlenverhältniſſe ganz unbekannt.

Wir haben alſo, dem praktiſchen Bedürfniſſe gemäß, eine Modifikation der römiſchen Theorie für Privatgewäſſer dergeſtalt zu behaupten, daß das aus dem solo cedere fließende Privateigenthum über ſolche Gewäſſer die Befugniß, dieſelben zurückzuhalten, inſoweit nicht mehr als eine vollkommene enthält, als daſſelbe Gewäſſer unterhalb liegenden Grundſtücken Dritter Vortheil bringt; ſondern daß in ſolchen Fällen eine Ausgleichung der Intereſſen ſtattfinden muß; daß ferner das Mühlengewerbe hier einen durch das gemeine Bedürfniß berechtigten Vorzug hat, unter mehreren Mühlen alſo, ohne Rückſicht auf höhere oder tiefere Lage, und, nach richtigerer Anſicht auch wohl ohne Rückſicht auf ihr Alter, [1]) wiederum Ausgleichung eintreten muß, ſo jedoch, daß der Obermüller, wenn ſonſt nicht gemahlen werden kann, das Waſſer periodiſch anſammeln darf, wodurch die Intereſſen der tiefern Mühlen ſelbſt eher mit gewahrt als verletzt erſcheinen.

In von Bülow's und Hagemann's prakt. Erörtrr. 1 Bd. (2. Aufl. 1806) Erörtr. 3 finde ich dieß ſo ausgeſprochen: es ſei gewiß ſehr widerſprechend und hart, daß ein fließendes Waſſer, welches vielleicht ganzen Ortſchaften unumgänglich nothwendig werde, und welches die Natur durch den demſelben angewieſenen Lauf zum Nutzen einer Menge von Menſchen beſtimmt habe, durch den zufälligen Umſtand in das ausſchließliche Eigenthum eines Einzigen kommen ſolle, daß daſſelbe in ſeinem Laufe auf

---

1) Dagegen: Schurpf (ed. 1612) cent. III cons. 38, 2: Concludunt doctores .., quod si quis habeat molendinum in inferiori parte fluminis publici ..., quod alii non possint facere molendinum in superiori parte, per quod impediant habentem prius molendinum; .. nec sibi auferre lucrum .. quod licite capit ex publico. — Aber das dem gemeinen Nutzen Beſtimmte kann nicht anders als durch ſtaatliche Verleihung für den Einzelnutzen monopoliſirt werden.

eine kurze Strecke den Grund und Boden dieſes einzigen berühre. Freilich iſt es eine fruchtloſe Mühe, wenn die genannten Schriftſteller mehrere römiſche Geſetze anführen, welche ſich angeblich gegen das ausſchließliche Eigenthum einer Privatperſon an einem ſolchen fließenden Waſſer erklären ſollen. C. 7 serv. et aqua 3, 34 ſpricht von erwieſenem Bewäſſerungsrecht. C. 2 l. Aq. 3, 35 giebt wegen aqua per injuriam derivata die legis Aquiliae actio auf Reſtitution, ohne zu entſcheiden, wann injuria vorliegt. L. 8 aq. arc. 39, 3 beweiſt nur, daß, wenn Jemanden eine Waſſerleitungsſervitut beſtellt werden ſoll, dazu nöthig iſt die Einwilligung 1) eorum, in quorum (Eigenthümer und Servitutberechtigte dieſes Ortes, letztere ſofern ihre Servitut dadurch berührt werden könnte) loco aqua oritur (oriri iſt hier relativ verſtanden), 2) dexter, die bereits ſpeziell ein Waſſerrecht haben.

Einen Verſuch, zwiſchen römiſcher und deutſcher Rechtsauffaſſung zu vermitteln, finden wir in einem Erkenntniſſe des Oberappellationsgerichts zu Dresden (bei Seuffert Arch. II [1849] Nr. 8): „Wenn lange Zeit hindurch das auf einem Privatgrundſtücke entſpringende Quellwaſſer in künſtlich angelegten Kanälen, oder wenigſtens in einem beſtimmten, durch die Gewalt des Waſſers nach und nach gebildeten Graben zwiſchen Grundſtücken fremder Beſitzer hindurch gefloſſen und von dieſen mehr oder weniger benützt worden, ſo iſt alsdann anzunehmen, daß in der gleichförmigen Beachtung dieſes Sachverhältniſſes der Geſammtwille der Intereſſenten" (auch für die Zukunft?) „ſich ausgeſprochen habe" (wozu dann das longum tempus?), „und daher nunmehr der status quo ſelbſt eine Rechtsnorm bilde, gegen welche vom Eigenthümer der Quelle zum Nachtheile der Adjazenten nicht gehandelt werden dürfe."

Das öſterreich. G.-B. enthält lediglich die Beſtimmung, daß Niemand Werke oder Pflanzungen anlegen dürfe, welche den ordentlichen Lauf des (auch Privat-) Fluſſes verändern (§. 413).

Klar und praktiſch iſt die Beſtimmung des code Napoléon (Art. 641), daß, wer eine Quelle in ſeinem Grundſtück hat, dieſelbe nach Belieben benutzen kann, ſo daß der Tieferliegende keinen Anſpruch Jenem gegenüber auf den Nutzen hat, vorbehaltlich Verjährungserwerbs oder ſonſtiger Servitutenbegründung; daß aber

ſolcher Quelleigenthümer (Art. 643), gegen Entſchädigung, den Lauf der Quelle dann nicht verändern darf, ſobald ſie den Bewohnern einer Gemeinde, eines Dorfes oder Weilers (oder Hofs: ſchiebt das bad. L.-R. ein) das nöthige (vgl. den Nothweg) Waſſer verſchafft. Für ſonſtige fließende Privatgewäſſer iſt nach Art. 644 zu unterſcheiden: 1) ſie gränzen an: ſo findet Bewäſſerungsbefugniß ſtatt — 2) ſie fließen durch: ſo hat jeder Grundherr das Nutzungsrecht für den durchfloſſenen Raum und die Dauer des Durchfließens, à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire.

Wie mit dem fließenden Waſſer, ſo verhält es ſich nach römiſchem Rechte auch mit dem Lichte; insbeſondere hat alſo der Grundherr die Befugniß, ſeinem Nachbar durch Höherbauen das Licht zu entziehen. Ebenſo mit der Luft. Daher erſcheint als Singularität folgende Beſtimmung Juſtinian's in c. 14, 1 serv. et aqua 3, 34, welche, damit die Frucht gedroſchen und ſo nutzbar werden könne, verfügt, Niemand dürfe in Zukunft den Luftzug, ſoweit dieſer nach Lage der Tenne zu Abſonderung von Spreu und Korn nöthig, verbauen.

Dieſe Singularität gewinnt eine beſondere Bedeutung dadurch, daß man oft verſucht hat, ſie auf Windmühlen für anwendbar zu erklären. Vgl. von Bülow und Hagemann prakt. Erörtrr. Bd. 4 (1804) Erörtr. 2 S. 16—19: über das Recht des Beſitzers einer Windmühle, die Anlagen und Vorrichtungen der benachbarten zu hindern, durch welche der zum Mahlen erforderliche Windzug vermindert oder gehemmt wird. Doch iſt Juſtinian's Beſtimmung nicht auf Verhältniſſe anderer Art anwendbar, als Singularität; zudem wäre dieſe „Legalſervitut" eine ſtärkere, da die Mühle größere Windeskraft erfordert, die Entfernung der Gebäude viel weiter gegriffen werden müßte. Verkehrt aber iſt es, Juſtinian's Verordnung für ein Polizeigeſetz und darum ſelbſt für unpraktiſch zu erklären; ſie ſteht nicht im Titel de aedificiis, ſondern in dem de servitutibus, und gehört dem reinen Nachbarrecht an, wenn gleich das gemeine Intereſſe ihre ratio iſt, worauf ſich ein großer Theil des Privatrechts zurückführen läßt. — Billiger verfahren Diejenigen, welche die Ausdehnung des ſelbſt anwendbar erklärten Juſtinianeiſchen Geſetzes auf Windmühlen

läugnen, dagegen, falls die Mühle sonst nicht gebraucht werden könne, einen Legalanspruch auf Bestellung einer entsprechenden Servitut konstruiren. Nur dürfen sie sich dazu nicht auf die Analogie des Nothweges, der selbst prekär, sicher singulär ist, berufen; denn hier ist von Nutzbarkeit des Grundstücks überhaupt, dort nur von einem, die causa perpetua fundi nicht ausmachenden persönlichen Gewerbe die Rede. Auf alle Fälle ist klar, daß die Differenz dieser billiger Denkenden gegenüber den die c. 14 Anwendenden praktisch hauptsächlich auf Statuirung einer Geldentschädigung hinausläuft. Somit bleibt nur die Expropriationsfrage übrig; und diese kann nur aus Partikularrechten Bejahung finden. Besteht partikularrechtlich solche „Legalservitut" oder ist die Servitut vertragsmäßig bestellt, so ist sie eine in prohibendo, urbana, woraus für die gemeinrechtliche Auffassung und den Fall des Mangels solchen Vertrages folgt, daß auch landesherrliche Konzession zu Anlage der Mühle, welche im allgemeinen Gebrauch der Umwohner steht, gegen Letztere durch Nichtprotestation keine erwerbende Verjährung laufen macht, sondern diese erst beginnen kann vom Datum wirksamen Verbots eines Windausschließens an, und zwar nur gegen diesen Ausschließenden und sein Grundstück.

Es war schon der Wille der Zwölf Tafeln (Tab. VII fragm. 9 bei Dirksen S. 490—3) und vom Prätor ausgesprochener Rechtssatz, daß „quindecim pedes altius" bei ländlichen Grundstücken die in des Nachbars Luftraum überhängenden Baumzweige abgeschnitten werden sollten,[1]) damit der Schatten nicht des Nachbars Grundstück schade. Ulp. l. 1, 8 arb. caed. 43, 27. Es bleibt sprachlich zweifelhaft, ob die 15 Fuß von der Erde aufwärts frei bleiben müssen, oder die Höhe des Baumes von über 15 Fuß von der Erde an. Die innern Gründe sind für das Erstere. Vgl. von Vangerow §. 297 Anmerk. No. 4. Was das Sprachliche betrifft, so kann zwar „sublucare" bei Festus auch bedeuten „die überhängenden Zweige, da wo sie den

1) Ich bin mit von Koch in Grolman und Löhr's Magazin IV (1844) Nr. 18 S. 331—52 der Ansicht, daß die überhängenden Baumzweige nicht erst da, wo sie die senkrechte Gränzfläche schneiden, sondern da, wo sie aus dem Stamme entspringen, gekappt werden müssen. Dagegen kann ich jenem Gelehrten in seinen übrigen Ausführungen nicht beistimmen.

Stamm treffen, abſchneiden müſſen"; aber ein ſtärkeres Argument bietet der Wortlaut des Edikts bei Ulp. l. 1, 7 arb. caed. 43, 27: „pedes quindecim a terra eam altius coërceas". Freilich ſcheint „altius" entgegenzuſtehen, aber altum bedeutet ſowohl „tief" als „hoch", und beim Baum beſchneiden beginnt man mit den obern Aeſten, in die Tiefe hinunterſteigend. Nur iſt zuzugeben, daß „altius" keine beſondere juriſtiſche Bedeutung nach dieſer Erklärung hat.[1] — Es liegt hierin nicht die geſetzliche Eigenthumsbeſchränkung, daß man dem Nachbargrundſtück das Sonnenlicht inſoweit nicht entziehen darf, auf welches doch auch Niemand ein ausſchließendes Recht hat: ſondern es iſt vielmehr, trotz des Widerſpruches von Guyet im Arch. f. d. civ. Praxis XVII (1834) No. 2, 1, nach der Ausdrucksweiſe der Quellen anzunehmen, daß der Ueberhang über 15 Fuß geduldet werden müſſe[2], und dieß erſcheint als geſetzliche Eigenthumsbeſchränkung[3] des Nachbarn, welche aber z. B. im preuß. L. R. (vgl. I, 9 §. 287) nicht rezipirt iſt.

Gemäß einem andern Kapitel deſſelben Interdikts (l. 1, 9 arb. caed. 43, 27) muß der Ueberhang von Stamm (unter arbores ſind hier auch vites begriffen: §. 3 ibid.), Aeſten und Zweigen in

1) Die der unſrigen entgegengeſetzte Anſicht über die fünfzehn Fuß iſt vorzugsweiſe mit Gründen belegt bei Hugo Rechtsgeſch. 11. Aufl. (1832) S. 295 Anm. 2. Daß der treffliche Rechtshiſtoriker feſt an ihre Richtigkeit glaube, ſcheint mir aus ſeiner Darſtellungsweiſe nicht hervorzugehen; wie denn auch ein vollkommener Beweis nach der einen oder andern Richtung aus den Quellen nicht zu erbringen iſt.

2) Gerade die entgegengeſetzte Auffaſſung findet ſich in den Baſiliken (ed. Heimbach LX, 16, 13 i. f.): „Den aus Deinem Acker meinem Acker überhängenden Baum, falls er über 15 Fuß hoch iſt und Du ihn nicht beſchneideſt, heißt der Prätor mich beſchneiden und die Hölzer wegnehmen. Das Gleiche auch ſagt das Zwölftafelgeſetz, damit nicht der Schatten des Baumes dem Nachbar ſchade." Aber auch dieſer ſtärkſte Grund der gegneriſchen Anſicht darf nicht zu hoch taxirt werden, hier wo die Baſiliken lediglich eine Ueberſetzung von l. 1, 7. 8. arb. caed. 43, 27 liefern und das byzantiniſche Legalverſtändniß unſerer gemeinrechtlichen Auffaſſung nicht präjudizirt.

3) Auch die Annahme, daß hier zwar kein Interdikt, aber doch negatoria actio zuſtehe, ſcheint unvereinbar damit, daß ſchon die zwölf Tafeln die fünfzehn Fuß gleicher Weiſe auszeichnen.

fremden Luftraum bei urbana praedia ohne Rücksicht auf Höhe beseitigt werden; Eigenmacht ist, hier wie oben, erst dann befugt, nachdem der Andere, aufgefordert, nicht gewollt hat: Paul. r. s. V, 6 §. 13; Jener behält dann, kraft des gleichen prohibitorischen Interdikts als Preis seiner Mühe die Hölzer für sich. Bas. ed. Heimbach LX, 16, 13. Nicht so im preuß. L.-R. I, 9 §. 288; dafür setzt aber dieses Gesetzbuch einen Preis des Duldens fremden Ueberhangs, ohne Beschränkung auf urbana praedia: §. 289: „Duldet er .." (die Zweige), „so ist er berechtigt, diejenigen Früchte sich zuzueignen, welche der Eigenthümer nicht einsammeln kann, ohne den Grund des Nachbarn zu berühren." §. 290: „Dergleichen Früchte darf der Eigenthümer auch nicht mit Instrumenten herüberlangen, oder durch das Herüberbeugen der Aeste an sich ziehen." — Nach obigem Kapitel des römischen Interdikts ist der Baum an der Wurzel abzuhauen: l. 1 pr. arb. caed. 43, 27, denn der Prätor sagt „eam arborem adimas rell." Das Interdikt war also nöthig, weil man auf das fremde Grundstück mußte, um daselbst den Stamm abhauen oder zum Abschneiden der Zweige erklimmen zu können.

Nachgebildet ist dasjenige Interdikt, welches zusteht, falls die Wurzeln, die Fundamente des Nachbarhauses untergrabend, Gefahr drohen: c. 1 interd. 8, 1 von Alexander. Denn das Eigenthum setzt sich auch unter der Erdoberfläche fort. Und doch thut der Andere Nichts dazu. Leicht ist es zu verstehen bei Erkern u. dgl., die in des Nachbars Luftraum vorgebaut sind: arg. l. 1 pr. s. p. u. 8, 2. l. 22, 4 qd vi aut clam 43, 24. Aber dort breiten die Wurzeln sich willkührlich aus, giebt der Wind dem Stamme die schräge Richtung u. s. w.: Pomp. l. 2 arb. caed. 43, 27. Dennoch bleibt dieß Alles die natürliche Tragweite der Handlung des Nachbars (oder eines seiner Vorgänger), nämlich der Pflanzung des Baumes in dieser Nähe der Gränze.

Es gilt die Regel, daß, abgesehen von den Fällen jener prohibitorischen Interdikte, stets nur negatoria actio zusteht, keine Eigenmacht; letztere wohl, wenn das Werk auf dem Boden des Beschädigten entstand: arg. Ulp. l. 29, 1 l. Aq. 9, 2, was nicht auf die Wurzeln paßt, welche der Nachbarbaum in unseren Boden schlägt, denn hier ist nicht sein Ursprung und es erfolgt auch kein

Eigenthumswechsel: Pomp. l. 6, 2 arb. furtim caes. 47, 7. Wenn aber Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitschrift I S. 140 den Grund dazu, daß in jener Ausschließung der Eigenmacht keine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung liege, darin setzt, daß durch das Durchschlagen der Wurzeln der Nachbar im Besitze der Servitut „in alieno aliquid immissum habere“ sei, gegen welchen fremden Besitz nach bekannten Grundsätzen auch dem Berechtigten keine Selbsthülfe zustehe: so paßt dies Argument auf alle die zahlreichen Fälle nicht, in welchen der Baumeigenthümer um das Durchschlagen der Wurzeln gar nicht weiß.

Das preußische, österreichische und französische Gesetzbuch, weniger fein als das römische Recht, stimmen darin überein, daß sie Eigenmacht in Abhauung solcher Wurzeln gestatten. Vgl. preuß. L.-R. I, 9 §§. 287, 8. Oester. G.-B. §. 422. Code Nap. art. 672, 3. Das Gleiche erlauben die beiden erstgenannten Gesetzbücher hinsichtlich der überhangenden Zweige, während der code art. 672, 2 in dieser Hinsicht nur eine Zwangspflicht des Baumeigenthümers, sie abzuhauen, nur ein Klagrecht des Nachbars darauf kennt. Endlich ist es für den Standpunkt des preußischen Landrechts keineswegs überflüssig, daß dasselbe a. a. O. §. 291 noch besonders hervorhebt, wie der Eigenthümer des Baumes jene Zweige auf seinem eigenen Grund und Boden wegzuhauen wohlbefugt sei; denn bei Obstbäumen entzieht er dem Nachbar dadurch den Obstertrag der Zukunft, und somit liegt in jenem Weghauen eine Art Immission.

Alfenus in l. 17 pr. quemadm. serv. am. 8, 6 giebt, falls eine Zwischenwand zwischen zwei Häusern sich so sehr biegt, daß sie in das Haus des Nachbarn einen halben Fuß oder mehr vorliegt, die negatorische Klage („jus non esse, illum parietem ita projectum in suum esse invito se“). Daraus will man durch argumentum a contrario ableiten, daß die Ausbauchung unter einem halben Fuß gestattet werden müsse. Wir geben zu: minima non curat praetor, insbesondere hier, wo sonst des Niederreißens kein Ende sein würde. Vgl. von Hufnagel Mitth. n. F. (1848) Nr. 13. Das minimum könnte aber in l. 17 insofern nur beispielsweise gegriffen sein, als selbst eine größere Ausbauchung unter Umständen ein Minimalinteresse bieten, eine geringere dagegen ein kurables Interesse gewähren mag. Zur Annahme einer Sin-

gularität fehlt uns die Dispoſition des Geſetzes. Vgl. auch Pomp. l. 14, 1 ibid., wo die Klage „jus tibi non esse parietem illum ita habere“ bei der Wandausbauchung ohne Hervorhebung eines Legal-Minimum's ertheilt wird. Freilich ſetzt die letztere Stelle voraus, daß die Ausbauchung eingetreten ſei „opere abs te facto“, und könnte man alſo um der l. 14 willen obige Singularität noch immer für kaſuelle Minimalausbauchung behaupten, zumal da l. 17 cit. in der Formel ſagt „jus non esse“ ohne „tibi“, und hernach „esse“, nicht „habere.“ Statuirt man die Singularität, ſo muß bei Ausbauchungen über einen halben Fuß das Einziehen der Wand jedenfalls nicht bloß bis zu einem halben Fuß Ausweichung geſchehen. Ebenſo falſch iſt, wenn man die Worte genau nimmt, Sell's Auffaſſung, wie ſie ſchon Dernburg in der Heidelb. krit. Zeitſchr. I S. 40 gerügt hat: „Der Nachbar müſſe ſich gefallen laſſen, wenn Jemand eine in deſſen Luftraum unter einem halben Fuß hervorragende Mauer baue.“ Nicht vom Bauen, ſondern vom ſpäteren kaſuellen ventrem facere des Gebauten iſt die Rede.

§. 3. Es iſt geſetzliche Eigenthumsbeſchränkung, daß der Nachbar die von ſeinem [1]) Grundſtücke herübergefallene Frucht einen Tag um den andern [2]) (Thibaut civ. Abhh. [1814] Nr. 1) aufleſen und mit ſich nehmen darf. [3]) Er erreicht dieß durch Exwirkung des prohibitoriſchen Interdikts de glande legenda — vgl. l. un. pr. glande leg. 43, 28 — welches den Willen der zwölf Tafeln

1) Steht der Baum auf der Gränze, auf beſtrittenem Boden: ſo wird durch die controversia finalis über das Fruchteigenthum mitentſchieden. Dieß iſt keine reine Rechtsſache, ſondern die Gränze wird nach den Regeln der Kunſt gelegt. Vgl. Rudorff gromat. Inſt. in Schr. d. röm. Feldm. II (1852) S. 464.

2) Ob ein, ob zwei freie Zwiſchentage, bleibt aus „tertio quoque die“ zweifelhaft, doch iſt Jenes das Wahrſcheinlichere. Vgl. Roßhirt in deſſen Abhandll. (1833) I S. 117—119, von Savigny Syſtem IV (1840) Beil. 11.

3) Dieß darf nicht ſo mißverſtanden werden, daß die an jedem Zwiſchentage herübergefallene Frucht Eigenthum des Gartenherrn geworden wäre; nicht einmal, daß der Fruchteigenthümer dieſe Frucht nicht hätte mitaufleſen dürfen. Der Wortlaut des Edikts beſchränkt durch das „einen Tag um den andern“ nur die Leſebefugniß, nicht deren Gegenſtand, welcher vielmehr alle glans caduca iſt. Vgl. Gaupp in der Tübinger kritiſchen Zeitſchr. III (1827) S. 256.

(Tab. VII fragm. 10 bei Dirksen S. 494—6) in der Ausführung erleichtern sollte, arg. inscr. l. 236, 1 v. s. 50, 16, [1]) und überdieß deren Bestimmung auf Provinzialgrundstücke erstreckte: arg. inscr. l. 30, 4 ibid. — Glans (caduca) ist jede Frucht.

Ganz anders gestaltet sich in Einklang mit der ältern deutschen Rechtsauffassung[2]) (siehe jedoch Jak. Grimm in der. Tüb. krit. Zeitschr. IV [1828] S. 171—174. Vgl. Gaupp ebend. S. 496 bis 503) diese Lehre im preußischen Landrecht. Derjenige, auf dessen Grundstück Früchte durch die Gewalt des Windes getrieben worden, ist dieselben sich zuzueignen berechtigt: I, 9 §. 292. Ebenso, falls er Zweigüberhang duldet, diejenigen Früchte, welche der Eigenthümer nicht einsammeln kann, ohne den Grund und Boden des Nachbars zu berühren: §. 289. Daß der Eigenthümer hier nicht einmal mit Instrumenten herüberlangen darf, erklärt sich aus dem immittere non licere: §. 290.

Verwandt ist der Fall, wenn durch Wassersgewalt bei Ueberschwemmungen Mobilien auf fremde Grundstücke getrieben werden und daselbst liegen bleiben. Hier ertheilte der Prätor ein, allerdings nicht ediktmäßiges, sondern dem konkreten Falle anzupassendes Interdikt, prohibitorischer Natur, zu Gunsten der Eigenthümer der Mobilien, auf Aufheben und Wegnehmen; wie beim interdictum de glande legenda gegen damni infecti cautio. Vgl. Ulp l. 9, 1 d. inf. 39, 2. In solchen Fällen, wie auch, nach §. 2 ibid., bei crusta ex fundo tuo in meum fundum prolapsa, bei arbor translata quae nondum cum terra coaluit u. dgl., steht natürlich ebensowohl, mit präparatorischer ad exhibendum actio (über diese siehe Ulp. l. 5, 4 exhib. 10, 4), die Eigenthumsklage zu, aber auch

---

1) Plin. h. n. XVI cap. 5 sect. 6, ed. Sillig vol. III (1853): „Cantum est . . lege XII tabularum ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere.“ Das „tertio quoque die“, auch wol das „quominus . . legere auferre liceat, vim flere veto“ scheint erst dem prätorischen Recht anzugehören. Die zwölf Tafeln gaben nur eine ordentliche gerichtliche Klage auf patientiam tollendi u. s. w. praestare (eine Art ad exhibendum actio), kein beschränktes Selbsthülfe-Recht.

2) Eine Reihe von Zeugnissen mit mancherlei geringeren Abweichungen unter einander, zum Theil auch schon romanisirend, siehe bei Jak. Grimm in Zeitschr. f. G.-R.-W. III (1817) Nr. 11 S. 349—57.

dieſe nur auf tollere licere, nicht auf tradere, und ebenfalls nur gegen damni infecti cautio. War ein Floß durch Stromesgewalt auf fremden Acker getrieben: ſo iſt ſogar de praeterito damno zu kaviren: l. 9 cit. §. 3. Ueber Hauseinſturz ſiehe l. 5 cit. §. 5; um die hinübergefallenen Trümmer wegnehmen zu dürfen, muß man auch de praeterito damno kaviren und Alles, mit Einſchluß des Unnützen, mit hinwegnehmen. Zieht man Dereliktion der Trümmer (rudera) vor, ſo iſt dem beſchädigten Nachbarn, falls er nicht ſäumig war bei Unterlaſſen vorheriger Forderung der damni infecti cautio (l. 8 d. inf. 39, 2), ein Interdikt zu geben (l. 7 ibid.), auf Wegſchaffung der Trümmer, eventuell auf Dereliktion des ganzen Gebäudes ſeitens des Andern. Immer ſteht ihm ein Retentionsrecht an den Trümmern zu: Gai. l. 6 d. inf. 39, 2.

Die ad exhibendum actio iſt nie dadurch gehindert, daß, wie hier, der Nachbar die Trümmer gar nicht beſitzt. Verurtheilung erfolgt, wie bei allen arbitrariae actiones, erſt wenn der Eintritt nicht verſtattet wird oder der andere dolose konſumirt hat: Ulp. l. 9, 1 exhib. 10, 4.

In anderen Fällen aber iſt für die Competenz der ad exhib. a. die Schranke gezogen, daß Derjenige, welcher die facultas exhibendi hat oder hatte, wirklicher oder fingirter Beſitzer der Sachen des Andern, welche exhibirt werden ſollen, ſei. Dieſe Fälle ſind der Art, daß der zu Beklagende Nichtwiſſen ſeiner facultas exhibendi vorſchützen kann. So, nach Julian bei Ulpian in l. 5, 2 ibid., wenn der Verkäufer auf dem übergebenen Grundſtück Sachen ohne Pertinenzqualität, ruta et caesa, zurückgelaſſen hatte. So, nach Labeo bei Pomponius l. 15 ibid, wenn „mein Schatz" (hier improprie geſagt) in Deinem Grundſtücke ſteckt und Du nicht leideſt, daß ich ihn ausgrabe, ihn aber auch ſelbſt nicht hebſt. Und doch mußte für ſolche Fälle eine Rechtshülfe geſchaffen werden. Gegen Kalumnieneid ſoll alſo z. B. der vermeintliche Schatzeigenthümer dann bei Stellung von, hier realer (Seuffert Arch. IV [1851] No. 11), damni infecti cautio das Recht der Nachſuchung (Ausgrabung, Hebung, Mitnahme) mittelſt eines prohibitariſchen Interdikts oder einer in factum actio haben. Muß ich dazu mein Eigenthum voraus beweiſen? Darauf antwortet ſchon für die ad exhib. a. verneinend Ulp. l. 3, 9 ibid: „Judex sum-

matim debebit cognoscere, an eius intersit, non an eius res sit"; und unſer Interdikt hat doch ſonſt ſogar ſchwächere Vorausſetzungen; ja, bei ihm ſcheint überdieß der Kalumnieneid den Intereſſenachweis wenigſtens theilweiſe zu erſetzen. Vgl. auch Seufert a. a. O. No. 10. Privathausſuchungen durch richterliche Erlaubniß kennt das römiſche Recht auch ſonſt; ſo z. B. nach geflüchteten Sklaven: l. 1, 1. l. 3 fugitivis 11, 4. — Nur muß das nachweisbare Intereſſe den Anſatz zu Behauptung von Eigenthum oder dinglichem Recht in ſich tragen. Dieß iſt der klare Sinn von Jul. l. 25 a. e. 19, 1: Den Käufer der noch nicht eröffneten Weinerndte prohibirt ſpäter der Verkäufer die Trauben zu leſen. So erwächst Jenem gegen die Preisklage die exceptio nondum adimpleti contractus (offenbar auch die empti actio, eventuell auf das Intereſſe; aber keine ad exhib. a., denn der Verkäufer hatte noch nicht kontummirt, der Anſpruch des Käufers blieb ein rein perſönlicher). Dagegen „post traditionem, sive lectam uvam calcare sive mustum evellere prohibeatur: ad exhibendum vel injuriarum (letzteres im zweiten Falle) agere poterit, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur."

§. 4. Hat Jemand eine Grabſtätte ohne Weg dazu, und der Anlieger verbietet ihm, über ſein, des Anliegers, Grundſtück dahinzugehen: ſo beruhte es ſchon im älteren Rom in frommer Sitte, daß der Letztere auf des Erſteren Geſuch ſich zur entgeldlichen Beſtellung einer Servitut herbeiließ. Zu einer Rechtspflicht (geſetzlichen Obligation des Eigenthümers als ſolchen) erhoben dieß die Kaiſer: l. 12 pr. rel. 11, 7. Der Richter vermittelt die Beſtellung gegen Abfindung und legt den Weg ſo, wie er dem Abgefundenen den geringſten Nachtheil bringt.[1])

Nicht hierher gehört, daß, wer ein von fremden Gütern rings eingeſchloſſenes Grundſtück erwirbt, gegen ſeinen Auktor den

1) Vgl. Gruter. inscriptt. p. DCXI, 13: (Romae, in aedibus Delphiniorum, in Cippo:) Huic monumento iter aditus ambitus debetur ex sententia Erotis Aug. l(iberti) judicis a via Campana publica dextrosus inter maceriem Calamianam et insulam Eucarpianam per latitudinem pedes duo semis usque ad hoc monumentum, et hinc per circuitum totius monumenti usque in via(m) quae ducit ..... et inde recto quaque usque ad viam publicam Campanam.

obligatorischen Anspruch auf Prästation eines Weges hat: arg. Marcell. l. 10 s. p. u. 8, 2. Dagegen folgt aus l. 23, 3 s. p. r. 8, 3 von Paulus, daß der Theilungsrichter eines Grundstücks die Realtheilung stets so vorzunehmen hat, daß die nöthigen Wegegerechtigkeiten gegenseitig mitbestellt werden. Daß der Legatar eines Grundstücks vom Erben (resp. Legatar des Eigenthums eines anderen Grundstücks desselben Erblassers) die Bestellung des „Nothweges" verlangen kann, beruht auf dem vermuthlichen Willen des Erblassers und auf einer Kombination der beiden zuletzt hervorgehobenen Rechtssätze; auch ist es für den Fall vermachten Nießbrauchs ausgesprochen in l. 1, 2 si usfr. pet. 7, 6 und l. 2, 2 si serv. vind. 8, 5; sowie aus den Schlußworten der l. 15, 1 usu leg. 33, 2 erhellt, daß es auf diesen Fall nicht zu beschränken sei.

Die gemeinrechtliche Praxis (a Pufendorf [ed. 1780] tom. I obs. 240. Glück Komm. IX §. 628), nicht ohne Unterstützung aus den nichtjuristischen Quellen des römischen Rechts (Agrimensoren),[1]) vorzugsweise aber festruhend auf dem älteren deutschen Recht (Seuffert Arch. I [1847] No. 321), gestattet dem Richter und legt als Amtspflicht ihm auf, auf einfaches Anrufen einen „Nothweg" über fremde Grundstücke, unter analoger Bezugnahme auf die Vorschriften von l. 12 pr. rel. 11, 7, Demjenigen zu bestellen, welcher sein Gut ohnedieß nicht würde benutzen können. Verzicht, erlöschende Verjährung und dgl. werden hier nur die Be-

1) Vgl. Siculus Flaccus de condicionibus agrorum, in Schr. der röm. Feldm. I (1848), p. 146 lin. 14 sqq.: Ad omnes autem agros semper iter liberum est. Nam, aliquando deficientibus vicinalibus viis, per agros alienos iter praestatur. Quidam etiam conveniunt specialiter, uti servitutem praestent his agris ad quos necesse habent transmittere per suum. Nam et his verbis comprehenditur: „ita ut optimus maximusque est." Nam et aquarum ductus solent per alienos agros jure transmittere (vielleicht auch Nothwasserwege, in wasserarmen Gegenden?). Itaque, ut diximus, viae saepe necessario per alienos agros transeunt, quae . . praestari videntur . . eis ad quorum opera, et eis ad quorum agros per eas vias pervenire necesse est . . . . . Ita tam fas est finem facere quam et transire viam. — Die spezielle Uebereinkunft macht die Anwendung der Rechtsregel mittelst richterlicher Dazwischenkunft überflüssig; dieß scheint mir der wahre Sinn obiger unterstrichener Worte.

deutung einer nochmaligen Entschädigungspflicht haben können. Vgl. auch Seuffert a. a. O. No. 177.

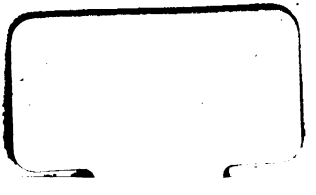
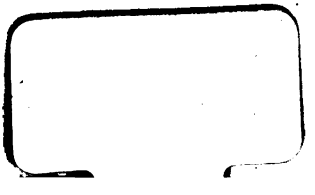
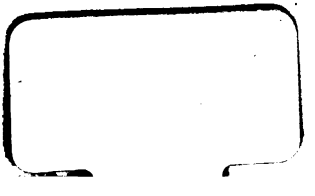
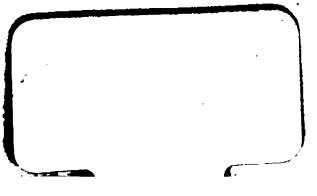
Für das preußische Recht liegt der Nothweg anerkannt in der allgemeinern Bestimmung von L. R. I, 22, §§. 3—10. Ebenso für das französische Recht im code Napol. II tit 4 chap. 2 sect. 5 (droit de passage) artt. 682—5, wonach der kürzeste und wenigst belastende Weg zu nehmen ist. Ist zwar ein Weg da, aber nur mit unverhältnißmäßigen Kosten fahrbar zu stellen, so läßt die französische Jurisprudenz auch dann den Nothweg zu, obwohl es in Art. 682 heißt, daß denselben (lediglich) fordern könne „le propriétaire . . qui n'a aucune issue sur la voie publique." Im Einklang mit dieser Praxis steht die andere, daß der längere Weg dann vorzuziehen sei, wenn für die Anlage des kürzeren die Kosten unverhältnißmäßig höher sein würden (Sprengung eines Felsens, Schlagung einer Brücke, Transportation der Bodenerzeugnisse mittelst Kähnen u. dgl.). Vgl. die bei Lauckhard Rechtsfälle Bd. II (1837) No. 13 gesammelten praktischen Fälle.

§. 5. Es ist im öffentlichen Interesse, daß jeder Grundeigenthümer die Anlage und Durchführung von Bergwerken durch Dritte in seinem Grund und Boden dulde, so zwar, daß die Letzteren einen Zehnten dem Fiskus, einen andern dem Grundherrn abgeben müssen, um über den Reinertrag freies Eigenthum zu erlangen: c. 10 Theod. cod. metall. 10, 19 = c. 3 Just. cod. metallar. 11, 6 von Gratian, Valentinian und Theodos; cf. c. 3 Theod. cod. ibid. = c. 1 Just. cod. ibid. Jedoch soll das nicht als Vorwand gemißbraucht werden, um Fundamente fremder Häuser zu untergraben: c. 14 Theod. cod. ibid. = c. 6 Just. cod. ibid. Ueberhaupt darf die Oberfläche nicht beschädigt werden.

Nach deutschem Rechte gehören alle „Schätze", unter der Erde begraben tiefer denn ein Pflug geht, zu der obrigkeitlichen Gewalt. Hier sind Metalle und dgl., nicht thesauri, gemeint. Seit dem sechszehnten Jahrhundert aber beginnen in Deutschland die Freierklärungen des Bergbaues, welche dem bergamtlich beliehenen Finder ein ausschließliches Recht (lehenbares bergrechtliches dominium utile) geben auf gewissen Raum hin und unter bestimmter Bedingung der Fortsetzung des Bau's.

Nach preußischem Landrecht muß der Grundherr gegen volle Entschädigung Grund und Boden, überhaupt Alles überlassen, was zum Betriebe des Werks erforderlich ist, erhält jedoch den Erbkux. Vgl. L.-R. II, 16, Abschnitt 4: vom Bergwerksregal, besonders §§. 109—127.

Für Steinbrüche, die über der Erde sind, kann schon nach römischem Rechte (Ulp. l. 13, 1 comm. praed. 8, 4) die Erlaubniß, den Stein zu hauen, nur vom Grundeigenthümer ausgehen, wo nicht das Herkommen anders entscheidet. Das abweichende Herkommen ist aber nur dann ein rechtsverbindliches, wenn dem Grundherrn vorher der dort übliche Preis gezahlt und Kaution gestellt wird, ut neque usus necessarii lapidis intercludatur neque commoditas rei domino adimatur.

§. 6. Die Deichpflicht besteht in faciendo, ist daher keine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung, sondern gesetzliche Reallast. Sie beruht auf der Landespolizeigesetzgebung, so zwar, daß dieselbe, als sie sich der Sache annahm, die Betheiligten vielfach bereits in deßfallsige gemeinheitliche Verbände getreten vorfand und die letzteren näher regelte. Der Deich ist befriedetes Staatseigenthum. Deichforderungen haben Vorzug im Konkurse, Deichprozesse einen privilegirten Gerichtsstand und summarisches Verfahren, wobei insbesondere der Suspensiveffekt der Rechtsmittel im Falle von Gefahr im Verzug versagt ist. — Wir erwähnen der Deichpflicht hier nur, weil sie für das Nachbarrecht eine Seite darbietet, besonders auch die deutschrechtliche Gemeinsamkeit der Wassernutzung durch alle Adjazenten hierdurch ihre passive Ergänzung findet.

Druck von G. Reichard in Heidelberg.